Die
Gestaltung der Besitzverhältnisse bei einer gefundenen Sache.

Dargestellt unter Berücksichtigung der geschichtlichen Entwicklung.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Felix Schirm

Referendar in Unruhstadt (Posen).

ACAD. LIBRARY BIBL.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1906.

Seinem lieben Onkel

Herrmann Sucker

in Dankbarkeit gewidmet.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung.

§ 1. Geschichtliche Entwicklung des Fundrechts 1

Abschn. 1: Der Finder und die verlorene Sache.

§ 2. Begriff des Findens 4

§ 3. Begriff der verlorenen Sache 7

Abschn. 2: Die Gestaltung der Besitzverhältnisse bei einer im Sinne des § 965 gefundenen Sache.

A. Römisches und gemeines Recht.

§ 4. Geschichtliches über den Besitzbegriff des römischen und gemeinen Rechts 15

a) Das Besitzverhältnis des Finders

§ 5. α) Nach Savigny 17

§ 6. β) Nach Jhering 19

γ) Der Finder ist Detentor.

§ 7. Widerlegung der Jheringschen Ansicht 20

§ 8. Widerlegung der anderen widersprechenden Ansichten 23

b) Das Besitzverhältnis des Verlierers zur gefundenen Sache.

§ 9. Rechtliches Verhältnis des Finders zum Verlierer 29

§ 10. Tatsächliches Verhältnis des Verlierers zur verlorenen Sache nach dem Verluste 30

B. Deutsches Recht.

§ 11. Der Begriff der Gewere 32

§ 12. Gewereverhältnis des Finders und Verlierers zur gefundenen Sache 34

C. Die neueren Kodifikationen.

a) Das österreichische und das sächsische Gesetzbuch und der Code civile.

§ 13. Der Besitzbegriff dieser Kodifikationen und die Gestaltung der Besitzverhältnisse bei einer gefundenen Sache nach ihnen . . 35

b) Das preußische Landrecht.

§ 14. Besitzlehre desselben und die Gestaltung der Besitzverhältnisse bei einer gefundenen Sache nach ihm 36

Seite

D. Bürgerliches Gesetzbuch.

§ 15. Der Besitzbegriff desselben 38

a) Das Besitzverhältnis des Finders.

Er ist Besitzer im Sinne des § 854. Denn:

§ 16. Er ist nicht Eigenbesitzer 40

§ 17. Er ist nicht Besitzdiener 41

b) Das Besitzverhältnis des Verlierers zur gefundenen Sache.

§ 18. Die rechtliche Stellung des Finders zum Verlierer 43

§ 19. Die tatsächliche Stellung des Verlierers zur gefundenen Sache 44

Abschn. 3: Die Gestaltung der Besitzverhältnisse bei einer gefundenen Sache in besonderen Fällen.

A. Besonderheiten in der Person des Finders.

§ 20. Der unredliche Finder 50

§ 21. Der geschäftsunfähige Finder 51

§ 22. Mehrere Finder 53

B. Besondere Fundarten.

a) Nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch.

§ 23. Der Schatzfund 54

§ 24. Der Fund in öffentlichen Räumen 57

§ 25. b) Nach anderen Reichsgesetzen 59

C. Besonderheiten hinsichtlich des rechtlichen Verhältnisses zwischen Finder und Verlierer.

§ 26. Die Auslobung 61

Literaturverzeichnis.

Albrecht, Die Gewere als Grundlage des älteren deutschen Sachenrechts. Königsberg 1828.

Baron, Zur Lehre vom Erwerb und Verlust des Besitzes. In Jherings Jahrbüchern Bd. 7, Jena 1863.

Baron, Zur Lehre vom Besitzwillen. In Jherings Jahrbüchern Bd. 29, Jena 1890.

Baron, Noch einmal der Besitzwille. In Jherings Jahrbüchern Bd. 30, Jena 1890.

Bartels, Ausführungen zur Besitzlehre des BGB. In Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts 6. Folge 2. Jahrg. Berlin 1898.

Bekker, Aphorismen zur Besitzlehre. In Bernhöfts und Binders Beiträgen zur Auslegung des Bürgerlichen Gesetzbuchs 1. Heft, Leipzig 1902.

Bekker, Der Besitz beweglicher Sachen. In Jherings Jahrbüchern Bd. 34, Jena 1895.

Bekker, Das Recht des Besitzes bei den Römern. Leipzig 1880.

Beseler, System des gemeinen deutschen Privatrechts. 3. Aufl. 1. Abt. Berlin 1873.

Blänkner, Die rechtliche Stellung des Finders verlorener Sachen. Diss. Greifswald 1901.

Böcking, Pandekten des römischen Privatrechts. Bd. 1. 2. Aufl. Bonn 1853.

Bonitz, Gutachten in den Verhandlungen des 16. deutschen Juristentages. Bd. 1. Berlin 1882.

Brinz, Lehrbuch der Pandekten. Bd. 1. 2. Aufl. Erlangen 1873.

Brückmann, Der Begriff der verlorenen Sache. Im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 23, Berlin 1904.

Brummund, Die Auslobung. Diss. Greifswald 1898.

Brunner in Endemanns Handbuch des Handels-, See- und Wechselrechts Bd. 2, Leipzig 1882.

Brunner in Holtzendorffs Rechtslexikon Bd. 3, Leipzig 1881.

Bruns, Die Besitzklagen des römischen und heutigen Rechts. Weimar 1874.

Bruns, Das Recht des Besitzes. Tübingen 1848.

Chaffak, Fundsache und Schatz. Diss. Borna-Leipzig 1903.

Chambon, Die negotiorum gestio. Leipzig 1848.
Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechtes. Bd. 2. 1. Abt. Jena 1899.
Czyhlarz, Die Eigentumserwerbsarten des Pandektentitels de adqu. rer. dom. 41, 1. Bd. 1. Separatausgabe aus Glücks Pandektenkommentar, Erlangen 1887.
Delbrück, Vom Finden verlorener Sachen. In Jherings Jahrbüchern Bd. 3 Jena 1859.
Denkschrift für den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1896.
Dernburg, Lehrbuch der Pandekten. Bd. 1. 3. Aufl. Berlin 1892.
Dernburg, Lehrbuch des preußischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs. Bd. 1. 5. Aufl.. Halle 1894.
Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. Bd. 3. 3. Aufl. Halle 1904.
Dolczyk, Die Rechtsverhältnisse am Fund und Schatz. Diss. Jena 1901.
Duncker, Besitz und Besitzschutz. Berlin 1876.
Eller, Die rechtliche Stellung des Finders. Diss. Erlangen 1900.
Endemann, Das bürgerliche Recht Deutschlands. 3. Aufl. Berlin 1900.
Engelmann, Das bürgerliche Recht Deutschlands. 3. Aufl. Berlin 1903.
Ferber, Disp. de inventione rerum casu ammissarum. Leipzig 1704.
Fischer-Henle, Kommentar zum BGB. 6. Aufl. München 1904.
Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht. Bd. 3. 6. Aufl. Berlin 1892.
Freitag, Die Besitzverhältnisse an der gefundenen Sache. Diss. Erlangen 1895.
Gerber, Der Finderlohn. Diss. Göttingen 1896.
Gierke, Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht nach dem BGB. Jena 1897.
Gierke, Gutachten in den Verhandlungen des 24. deutschen Juristentages. Bd. 3. Berlin 1897.
Gimmerthal, Vom Finden verlorener, derelinquierter und herrenloser Sachen. Im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 52, Heidelberg 1869.
Giczynski, Der Besitz und der Eigentumserwerb des Finders nach dem BGB. Würzburg 1904.
Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts. Bd. 1. 2. Abt. Erlangen 1868.
Goldschmidt, Studien zum Besitzrecht. In der Festgabe für Rudolf v. Gneist. Berlin 1888.
Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des preußischen Rechts durch Theorie und Praxis. 6. Jahrg. Hamm 1862.
Guta-Lagh, das ist: Der Insel Gothland altes Rechtsbuch. Herausgegeben v. Schildener. Greifswald 1818.
Haß, Die Klagen des Verlierers gegen den Finder. Diss. Göttingen 1890.
Heintzel, Wie gestalten sich die Besitzverhältnisse bei einer gefundenen Sache nach BGB. Diss. Erlangen 1904.
Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts. Bd. 2. Leipzig 1886.
Heusler, Die Gewere. Weimar 1872.
Hirsch, Die Prinzipien des Sachbesitzerwerbes und -verlustes. Leipzig 1892.

Homeyer, Des Sachsenspiegels 2. Teil nebst den verwandten Rechtsbüchern. Berlin 1842.

Huber, Die Bedeutung der Gewere im deutschen Sachenrechte. Bern 1894.

Igen, Die rechtliche Stellung des Finders und dessen Erben in Beziehung auf die Fundsache. Diss. Berlin 1898.

Jhering, Der Besitzwille. Jena 1889.

Jhering, Zivilrechtsfälle. 5. Aufl. Jena 1888.

Keller, Pandekten. Bd. 1. 2. Aufl. Leipzig 1866.

Kierulff, Theorie des gemeinen Zivilrechts. Bd. 1. Altona 1839.

Klein, Der mittelbare Besitz des BGB. Diss. Bonn 1899.

Kniep, Der Besitz des BGB. Jena 1900.

Kohler, Aus dem chinesischen Zivilrecht. In der Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft Bd. 6. Stuttgart 1886.

Kohler, Menschenhilfe im Privatrecht. In Jherings Jahrbüchern Bd 25, Jena 1887.

Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum BGB. 2. Teil. Berlin 1899.

Kuntze, Zur Besitzlehre. Für und wider Rudolf v. Jhering. Leipzig 1890.

Landsberg, Bürgerliches Gesetzbuch. 2. Hälfte. Berlin 1904.

Landsberg, Das furtum des bösgläubigen Besitzers. Bonn 1888.

Laßberg, Der Schwabenspiegel. Tübingen 1840.

Leges Langobardorum in Monumenta Germaniae historica Tom. IV.

Leges Wisigothorum in Monumenta Germaniae historica Tom. I.

Lehmann, Deutsche Rechtsgeschichte. In Birkmeyers Enzyklopädie, Berlin 1901.

Lenel, Stellvertretung und Vollmacht. In Jherings Jahrbüchern Bd. 36, Jena 1896.

Lenz, Das Recht des Besitzes und seine Grundlagen. Berlin 1860.

Leonhard, Die Vertretung beim Fahrniserwerb. Leipzig 1899.

Liebrecht, Das Verhältnis des Schatzes zur Fundsache. Diss. Borna-Leipzig 1903.

Lingenthal, Handbuch des französischen Zivilrechts. 8. Aufl. Freiburg i. B. 1894.

Mandry, Zur Lehre vom Besitzwillen. Im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 63, Tübingen und Leipzig 1880.

Meischeider, Besitz und Besitzschutz. Berlin 1886.

Meisner, Kommentar zum BGB. 3. Buch. Breslau 1901.

Mitteis, Die Lehre von der Stellvertretung. Wien 1885.

Mitteis, Über 3 neue Handschriften des syrisch-römischen Rechtsbuchs. Aus den Abhandlungen der königl. preußischen Akademie der Wissenschaften vom Jahre 1905, Berlin 1905.

Mohr, Der Fund verlorener Sachen. Diss. Erlangen 1901.

Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Bd. 3. 2. Aufl. Berlin 1896.

Müller, Die rechtliche Stellung des Finders. Diss. Greifswald 1904.

Müller, Die Gesetze Hammurabis. München 1904.

Müller und **Meikel,** Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs. Bd. 1 2. Aufl. München 1904.
Österreich, Das Recht des Finders verlorener Sachen. Diss. Bonn 1898.
Pininski, Der Tatbestand des Sachbesitzerwerbes. Bd. 1. Leipzig 1885.
Planck, Kommentar zum BGB. 3. Buch. 1. und 2. Aufl. Berlin 1902.
Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des BGB. Bd. 3. Berlin 1896.
Puchta, Pandekten. 11. Aufl. Leipzig 1872.
Randa, Der Besitz nach österreichischem Rechte. 4. Aufl. Leipzig 1895.
Riemer, Der Anspruch auf Finderlohn. Diss. Leipzig 1901.
Savigny, Das Recht des Besitzes. 7. Aufl. Wien 1865.
Schloßmann, Der Besitzerwerb durch Dritte. Leipzig 1881.
Schröder, Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte. 4. Aufl. Leipzig 1902.
Schütze, Zur Lehre von dem sog. Funddiebstahl. Im Archiv für praktische Rechtswissenschaft Bd. 2, Darmstadt und Leipzig 1865.
Sieveking, Der Finder und die gefundene Sache. Diss. Erlangen 1896.
Sintenis, Das praktische gemeine Zivilrecht. Bd. 1. 2. Aufl. Leipzig 1860.
Spittel, Besitz und Ersitzung einer gefundenen Sache. Diss. Göttingen 1898.
Spring, Die Gegenansprüche des Finders. Diss. Breslau 1904.
Staudinger, Kommentar zum BGB. Bd. 3. München 1898.
Stein, Das Recht des Finders verlorener Sachen. Diss. Borna-Leipzig 1903.
Stintzing, Der Besitz.
Stintzing, Zur Besitzlehre. München 1892.
Stobbe, Deutsches Privatrecht. Bd. 2. 3. Aufl. Berlin 1896.
Strohal, Der Sachbesitz nach dem BGB. Abdruck aus Jherings Jahrbüchern Bd. 38, Jena 1898.
Wächter, Pandekten. Bd. 2. Leipzig 1881.
Wedell, Die rechtlichen Beziehungen zwischen Verlierer und Finder. Diss. Rostock.
Weidemann, Der mittelbare Besitz des BGB. Berlin 1902.
Weiß, Das Recht des Finders. Diss. Göttingen 1901.
Weiske, Der Sachsenspiegel. 4. Aufl. Leipzig 1870.
Wendt, Der mittelbare Besitz des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 87, Freiburg und Leipzig 1897.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. 1. 8. Aufl. Frankfurt a. M. 1900.
Zimmermann, Die Lehre von der stellvertretenden negotiorum gestio. Straßburg 1876.
Zusammenstellung der gutachtlichen Äußerungen zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, gefertigt im Reichsjustizamt. Bd. 3. Berlin 1890.

Einleitung.

§ 1.

Geschichtliche Entwicklung des Fundrechts.

Es ist die vornehmste Aufgabe des Rechts, dem einzelnen die Sicherheit seines Eigentums zu gewährleisten. Zur Verwirklichung dieses Zweckes steht ihm besonders das Mittel der Strafe zur Verfügung, durch deren Androhung es von Verletzungen des rechtlich geschützten Zustandes abzuschrecken versucht. So bestraft es auch den unredlichen Finder, der sich eine verlorene Sache widerrechtlich aneignet. Damit allein ist aber dem Verlierer nicht gedient. Ihm kommt es vor allem darauf an, wieder in den Besitz seiner verlorenen Sache zu gelangen. Das hängt jedoch von der Gefälligkeit seiner Mitmenschen ab, und daß diese so weit gehen wird, sich den Mühen der Aufbewahrung der Sache und Nachforschung nach der Person des Verlierers zu unterziehen, kommt nicht allzu oft vor. Das Recht hat diesem Übelstande dadurch abzuhelfen versucht, daß es dem Finder, den es nicht dazu zwingen kann, eine verlorene Sache aufzunehmen und sie dem Verlierer zuzustellen, für seine Bemühungen ein Äquivalent dadurch bietet, daß es ihm eine bestimmte Belohnung zusichert. Von diesem Gesichtspunkte aus hat das Recht den Fund geregelt: „Der Finderlohn ist es," wie Kohler[1]) treffend bemerkt, „um welchen die Entwicklung oszilliert, er ist eine völlig gerechtfertigte Schöpfung des Rechts: er verbindet den Realismus des Lebens mit der Idealität der Menschenhilfe." Schon das älteste uns bekannte Gesetz, das

[1]) Kohler, Menschenhilfe im Privatrecht, in Jherings Jahrbüchern Bd. 25 S. 131.

des Babylonierkönigs Hammurabi,[1]) das um 2000 v. Chr. entstanden ist, erwähnt den Fund, ebenso das 5. Buch Moses Kap. 22 Vers 1—3 und das älteste chinesische Gesetz der Tscheuli,[2]) der im 11. Jahrhundert v. Chr. entstanden sein soll. Die Griechen erwähnen das Fundrecht nicht; daß sie dasselbe aber gekannt haben, läßt sich schon aus den Ausdrücken *εὕρετρον*, *μήνυτρον* schließen.[3]) Abweichend von ihrer Gewohnheit, jede Materie erschöpfend zu behandeln, erwähnen die Quellen des römischen Rechts nur in einer einzigen Stelle, nämlich l. 43 § 9 D. 47, 2 den Fund, ausführlichere Bestimmungen gaben sie nur über das Auffinden von Schätzen.[4]) Eine eingehende Würdigung fand das Fundrecht erst im deutschen Rechte. Die meisten leges Barbarorum[5]) beschäftigen sich mit ihm, ebenso das nordische Recht[6]) und die großen Rechtsbücher des Mittelalters: der Sachsen- und der Schwabenspiegel.[7]) Auch die neueren Kodifikationen enthalten ausführliche Bestimmungen, so das öster-

[1]) Müller, Die Gesetze Hommurabis § 14 S. 17.

[2]) Kohler, Aus dem chinesischen Zivilrecht in der Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft Bd. 6 S. 352.

[3]) Näheres s. Gerber, Der Finderlohn, Diss. Göttingen 1896. S. 6.

[4]) Recht ausführliche Bestimmungen über den Fund finden sich merkwürdigerweise in zwei Handschriften des syrisch-römischen Rechtsbuchs. Im Jahre 1903 wurden in der Vatikanischen Bibliothek drei bisher unbekannte Handschriften des Syro-Romanus entdeckt, die in aramäischer Sprache abgefaßt sind und von denen zwei Vorschriften über den Fund geben, „die eine dem römischen Recht total heterogene Behandlung desselben zeigen“ (Mitteis, Über drei neue Handschriften des syrisch-römischen Rechtsbuches; aus den Abhandlungen der königl. preuß. Akademie der Wissenschaften vom Jahre 1905 S. 39). Inwieweit und ob überhaupt der Verfasser jedoch das klassische römische Recht benutzt hat, ist noch zu klären. Dagegen spricht besonders der Umstand, daß die Justinianische Gesetzgebung in dem Rechtsbuche prinzipiell ignoriert ist (Mitteis a. a. O. S. 58 und 59.

[5]) z. B. lex Wisigothorum lib. VIII tit. 5, 4 und 7 in den Monumenta Germaniae historica, legum sectio I, legum nationum Germanicarum Tom. 1 S. 347/48 und Edictus Rothari Tom. 4 cap. 260.

[6]) vgl. Guta-Lagh. das ist der Insel Gothland altes Rechtsbuch. Herausgegeben von Schildener, Art. 29 S. 102.

[7]) Sachsenspiegel (Weiske) Buch II Art. 37 S. 59; Schwabenspiegel (Laßberg) Kap. 347 S. 148.

reichische[1]) und sächsische[2]) Gesetzbuch und das preußische Landrecht.[3]) Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich behandelte entgegen dem Vorschlage einiger Juristen, z. B. Pfizers,[4]) der drei Paragraphen zur Regelung des Fundrechts für vollkommen ausreichend hielt, den Fund sehr eingehend in den §§ 965—984. In diesen bestimmt es die Rechte und Pflichten des Finders und regelt in den §§ 978—984 zwei besondere Fälle des Findens, nämlich den Fund in öffentlichen Räumen und den Schatzfund. Nach einer Erläuterung der Grundbegriffe: des Findens und Verlierens, sehen wir uns aber in den zwanzig Paragraphen vergebens um, ihre Auslegung bleibt der Doktrin und Praxis überlassen. Das Gesetz sagt im § 965 nur: „Wer eine verlorene Sache findet und an sich nimmt"; dieser Finder hat die in den folgenden Paragraphen festgelegten Rechte und Pflichten.

---

[1]) Österr. Gesetzbuch §§ 388—401.

[2]) Sächs. Gesetzbuch §§ 233—243.

[3]) Preußisches Landrecht Teil 1 Buch 9 Abschn. 2 §§ 14—73 (verlassene und verlorene Sachen), Abschn. 3 §§ 74—106 (gefundene Schätze).

[4]) Zusammenstellung der gutachtlichen Äußerungen zum Entwurf eines BGB. Bd. 3 S. 183.

Erster Abschnitt.

Der Finder und die verlorene Sache.

§ 2.

a) Begriff des Findens.

Was bedeutet nun zunächst „eine Sache finden"? Dieser Begriff ist im täglichen Leben ein recht mannigfaltiger und wird in den verschiedensten Beziehungen gebraucht. Jedoch deckt sich dieses Finden des Sprachgebrauchs, mit dem er allgemein eine sinnliche Wahrnehmung bezeichnet, keineswegs mit dem juristischen Begriffe Finden. Eine Definition geben uns die Quellen nicht; sie sprechen zwar von invenire, reperire,[1]) umgrenzen damit aber keine feste Bestimmung, sondern setzen den Begriff Finden als etwas Bekanntes voraus. In der juristischen Literatur schenken die systematischen Lehrbücher dem Finden wenig oder fast gar keine Beachtung.[2]) In der Spezialliteratur begegnen wir jedoch den verschiedensten Meinungen, die jeden-

[1]) z. B. in l. 5 § 3 D. 48, 13: „Non fit locus religiosus, ubi thesaurus invenitur" und l. 3 D. 1, 8: „Item lapilli, gemmae ceteraque, quae in litore invenimus jure naturali nostra statim fiunt." Allenfalls kann man aus l. 43 § 7 D. 47, 2: „Jaceus tulit non ut lucretur, sed redditurus ei, cujus fuit" schließen, daß das römische Recht den Fundbegriff erst mit dem Ansichnehmen entstehen ließ, so daß das bloße Sinnlichwahrnehmen nicht genügte.

[2]) So erwähnt Windscheid-Kipp, Pand. Bd. 1 § 184 S. 837 nur, daß die verlorenen Sachen nicht zu den derelinquierten gehörten; ebenso Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts Bd. 2 § 131 S. 597; Wächter, Pand. Bd. 2 § 134 S. 131 definiert nur den Begriff der verlorenen Sachen; Keller, Pand. Bd. 1 § 124 S. 279 erwähnt als wichtigsten Fall des Findens das Finden eines Schatzes; Brinz, Pand. § 148 S. 571 und Puchta § 154 S. 230/31 erwähnen überhaupt nur den Schatzerwerb

falls im wesentlichen darin übereinstimmen, daß sich der Begriff Finden des Sprachgebrauchs mit dem juristischen keineswegs decke. Nur Gimmerthal[1]) macht davon eine Ausnahme und will die beiden Begriffe identifizieren, indem er definiert: „Finden auch im juristischen Sinne heißt einfach eine Sache außer Besitz antreffen.“ Das bloße Antreffen ist jedoch vollkommen irrelevant, da es keinerlei Änderung des Rechtszustandes bewirkt. Wenn man auf eine verlorene Sache stößt und sie nur betrachtet, ohne sie an sich zu nehmen, oder sie auch, um sie besser betrachten zu können, aufhebt und wieder an ihren alten Platz legt, so bedeutet das gar nichts, da sowohl der rechtliche als auch der tatsächliche Zustand unverändert bleiben.[2]) Zutreffender bedeutet Finden: „Antreffen und Ergreifen einer körperlichen, beweglichen, fremden Sache, die der Finder für eine verlorene hält.“[3]) In ähnlicher Weise beantwortet Dernburg[4]) die Frage, wann ein Fund vorliege: „Der Finder muß eine Sache an sich genommen haben, welche entweder dem Gewahrsam ihres Inhabers entkommen war, oder wenigstens in einer Lage angetroffen wird, in welcher der Finder mit gutem Schein, wenn auch vielleicht irrtümlicherweise glauben konnte, daß ihr bisheriger Inhaber die Sache verloren habe.“ Halten wir also als wesentliche Erfordernisse des Begriffes Finden fest: Das Ergreifen, dem naturgemäß die sinnliche Wahrnehmung (das Finden im Sprachgebrauch) vorangegangen sein muß, und eine fremde Sache Gewiß kann man auch seine eigene Sache wiederfinden, aber dann tritt eben der frühere Zustand ipso jure wieder ein; die Regeln über den Fund finden natürlich keine Anwendung. Die Sache muß aber auch wirklich verloren sein, die Meinung des Finders erscheint uns für die Bestimmung der verlorenen Sache. nicht maßgebend zu sein. Denn der Finder wird unmöglich

---

[1]) Gimmerthal, Vom Finden verlorener Sachen, im Arch. ziv. Pr. Bd. 52 S. 523.

[2]) Ebenso v. Czyhlarz, Eigentumerwerbsarten des Pandektentitels de adquirendo rerum dominio 41, 1 Bd. 1 S. 230.

[3]) Delbrück, Vom Finden verlorener Sachen, in Jherings Jahrbüchern Bd. 3 S. 25.

[4]) Dernburg, Preußisches Privatrecht Bd. 1 S. 558.

unterscheiden können, ob eine Sache herrenlos oder verloren ist. Die Verkehrsanschauung gibt dafür zwar Anhaltspunkte, indem sie vollkommen wertlose Gegenstände z. B. eine Apfelsinenschale als fortgeworfen, also derelinquiert, ansehen wird, aber dieser Maßstab ist ein sehr unsicherer, da ebensogut wertvollere Sachen z. B. ein Andenken, das unangenehme Erinnerungen weckt, derelinquiert sein können. Bei Ungewißheit, ob die Sache herrenlos oder verloren ist, spricht jedenfalls zugunsten der Vermutung, daß sie verloren ist, die größere Wahrscheinlichkeit.[1]) Die subjektive Ansicht des Finders, die doch von der Verkehrsanschauung wesentlich beeinflußt wird, kann dem Fundbegriffe nicht zugrunde gelegt werden; denn „sie mag wohl im Strafrecht Bedeutung haben, im Zivilrecht aber kann sie nicht maßgebend sein".[2]) Aus diesem Grunde erscheinen uns Delbrücks und Dernburgs Definitionen zu eng gefaßt. Wir schließen uns der Ferberschen[3]) an, die folgendermaßen lautet: „Inventio hic est actus, quo res alienae, corporales, mobiles, casu ammissae inveniuntur et occupantur." Nach ihm bedeutet also Finden: Das Antreffen und in Besitz nehmen einer fremden, körperlichen, beweglichen Sache.

Ebensowenig wie die römischen Quellen gibt das Bürgerliche Gesetzbuch eine Definition für Finden. Der erste Entwurf bezeichnete denjenigen als Finder, „der eine verlorene oder sonst abhanden gekommene Sache findet und in seine Innehabung nimmt."[4]) Das BGB. bestimmt im § 965: „Wer eine verlorene Sache findet und an sich nimmt." Beide Textstellen fordern übereinstimmend neben dem „Finden" das „an sich Nehmen" der Sache; erst das Hinzutreten der Apprehensionshandlung zum

---

[1]) Eine solche Vermutung findet sich im § 388 des österreichischen Gesetzbuches, in dem es heißt: „Es ist im Zweifel nicht zu vermuten, daß jemand sein Eigentum wolle fahren lassen; daher darf kein Finder eine gefundene Sache für sich behalten."

[2]) Freitag, Die Besitzverhältnisse an einer gefundenen Sache, Diss. Erlangen 1896, S. 12.

[3]) Ferber, De inventione rerum casu ammissarum These I.

[4]) Motive zu dem Entwurf eines BGB. für das Deutsche Reich Bd. 3 S. 375.

Finden, d. h. dem sinnlich Wahrnehmen, erzeugen den rechtlich bedeutsamen Vorgang, auf den besondere vom Gesetz gegebene Vorschriften Anwendung finden. Den Begriff „Finden“ gebraucht das Bürgerliche Gesetzbuch im Sinne des Sprachgebrauchs; für sich allein bedeutet er aber etwas rechtlich vollkommen Irrelevantes. In dem Worte „Finder“ vereinigt das Gesetz, wie aus den Motiven hervorgeht,[1]) beide Begriffe: er ist diejenige Person, die eine verlorene Sache entdeckt, d. h. sinnlich wahrgenommen und in ihren Gewahrsam gebracht hat.

§ 3.

b) Begriff der verlorenen Sache.

Daß die Sache verloren ist, bildet das zweite Essentiale des Fundes. Welche Sachen verloren sind, sagen uns die Quellen nicht; sie zählen nur diejenigen auf, die nicht zu den verlorenen gerechnet werden dürfen. Die oben zitierte Ferbersche Definition bezeichnet als Fundobjekte: res alienae, corporales, mobiles, casu ammissae. Der Fund der eigenen Sache ist, wie wir oben gesehen haben, rechtlich unbedeutsam. Die res alienae bilden aber auch den Gegensatz zu den res nullius, die in niemandes Eigentum stehen, d. h. herrenlos sind,[2]) wozu auch die gefangenen wilden Tiere gehören, die ihre natürliche Freiheit wieder erlangt,[3]) und die Haustiere, die die consuetudo revertendi abgelegt haben.[4]) Solche Sachen können ja auch gefunden werden, doch hat der Finder derselben keine besonderen Pflichten, es liegt ganz in seinem Belieben, die gefundene Sache zu okkupieren. Die verlorene Sache muß ferner corporalis, mobilis sein, nur körperliche bewegliche Sachen können gefunden werden. Daß

[1]) Motive Bd. 3 S. 375.

[2]) § 12 Just. 2, 1: quod enim ante nullius est, id naturali ratione occupanti conceditur.

[3]) l. 3 § 2 D. 41, 1: cum evaserit custodiam nostram et in naturalem libertatem se receperit, nostrum esse desinit et rursus occupantis fit.

[4]) l. 5 § 5 D. 41, 1: donec revertendi animum habeant, quod si desierint revertendi animum habere, desinant nostra esse et fiant occupantium.

man weder Grundstücke[1]) noch Rechte[2]) verlieren kann, „liegt in der Natur der Sache.“[3]) Daß jemand ein Grundstück „verliert“ ist überhaupt undenkbar, und was das Verlieren von Rechten, also sinnlich gar nicht wahrnehmbaren Begriffen, anbetrifft, so kann wohl z. B. das Wertpapier, in dem sich das Recht auf eine bestimmte Leistung verkörpert, verloren gehen, damit verliert man aber keineswegs das Recht selbst. Denn dieses kann nach Kraftloserklärung des Papieres in einer neuen Urkunde verbrieft werden (BGB. § 799). „Das Wertpapier ist nur eine Urkunde über ein Privatrecht, dessen Verwertung durch die Innehabung der Urkunde privatrechtlich bedingt ist.“[4])

Nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche können weder Grundstücke noch Rechte verloren werden; denn es spricht von „verlorenen Sachen“. Mit Sache bezeichnet es aber gemäß § 90 nur körperliche Gegenstände; will es körperliche und unkörperliche Gegenstände unter einen Gesamtbegriff bringen, so spricht es von Gegenständen schlechthin. Daß eine unbewegliche Sache nach Bürgerlichem Gesetzbuch nicht Fundobjekt sein kann, geht schon rein äußerlich daraus hervor, daß es den Fund unter dem Titel: „Erwerb und Verlust des Eigentums an beweglichen Sachen“ behandelt.

Die Sache muß ferner eine casu ammissa sein, d. h. sie muß dem Verlierer wider oder wenigstens ohne seinen Willen abhanden gekommen sein. Sachen, die er derelinquiert[5]) hat, sind natürlich nicht verloren, sondern herrenlos; von ihnen gilt das von denselben oben Gesagte. In welchem Falle nun ist eine Sache abhanden gekommen? Die allgemeine Ansicht betrachtet sie dann als verloren, wenn der Besitz an ihr untergegangen

---

[1]) Gimmerthal a. a. O. S. 522.

[2]) Sieveking, Der Finder und die verlorene Sache, Diss. Erlangen 1896, S. 5ff.

[3]) Delbrück a. a. O. S. 19.

[4]) Brunner in Endemanns Handbuch des Handels-, See- und Wechselrechts Bd. 2 § 19 S. 147.

[5]) § 47 Inst. 2, 1: Pro derelicto autem habetur, quod dominus ea mente abiecerit, ut id rerum suarum nollet ideoque statim dominus esse desierit.

ist. Diese Ansicht bekämpft Brückmann,[1]) der den Begriff Verlieren des Sprachgebrauchs mit dem juristischen zu identifizieren versucht. Besitzverlust sei nicht erforderlich, die Sache sei schon dann verloren, wenn man nicht mehr über sie verfügen und sie „aller Wahrscheinlichkeit nach nicht mehr als zu seinem Vermögen gehörig rechnen könne". Damit will Brückmann aber die Ansicht des Verlierers der Allgemeinheit oktroyieren. Daß die Sachen, die der Verlierer „als verloren betrachtet", auch wirklich verloren sind, braucht keineswegs der Fall zu sein. Es ist doch sicherlich Tatfrage, in welchem Zeitpunkte jemand seine Sache für verloren hält, das richtet sich wohl auch teils nach dem Werte des verlorenen Gegenstandes teils nach der Auffassung des Verlierers. Diese kann aber ebensowenig wie die subjektive Ansicht des Finders den Begriff der verlorenen Sache bestimmen; dieselbe muß vielmehr objektiv eine verlorene sein.

Richtiger Ansicht nach heißt Verlieren: „Einbüßen des Besitzes einer körperlichen beweglichen Sache, die sich in jemandes Eigentum befindet, ohne eine darauf gerichtete menschliche Tätigkeit und ohne Aufhebung des Eigentums". [2]) [3]) Dazu muß unseres Erachtens jedoch der Umstand hinzutreten, daß man den Aufenthaltsort der verlorenen Sache nicht kennt.[4]) Diese Ansicht ist bestritten,[5]) so halten u. a. Müller[6]) und Mohr[7]) es nicht für

[1]) Brückmann, Der Begriff der verlorenen Sache, im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 23 S. 327.

[2]) Delbrück a. a. O. S. 25.

[3]) Die Ansicht, daß Besitzverlust von dem Begriffe der verlorenen Sache untrennbar ist, wird von allen Autoren außer Brückmann vertreten, so daß dieser mit seiner Ansicht alleinsteht.

[4]) l. 25 pr. D. 41, 2: Si id quod possidemus ita perdiderimus, ut ignoremus, ubi sit, desinimus possidere.

[5]) Sie wird u. a. vertreten von Gimmerthal a. a. O. S. 525; Schütze, Zur Lehre von dem sogen. Funddiebstahl, im Archiv für praktische Rechtswissenschaft Bd. 2 S. 159; Dolczyk, Die Rechtsverhältnisse am Fund und Schatz, Diss. Jena 1901, S. 10; Eller, Die rechtliche Stellung des Finders, Diss. Erlangen 1900, S. 18; Giczyúski, Der Besitz und der Eigentumserwerb des Finders nach dem BGB., Diss. Würzburg 1904, S. 18.

[6]) Müller, Die rechtliche Stellung d. Finders, Diss. Greifsw. 1904, S. 15.

[7]) Mohr, Der Fund verlorener Sachen, Diss. Erlangen 1901, S. 15.

erforderlich, daß der Verlierer den Aufenthaltsort der verlorenen Sache nicht kenne. Doch wirken die Beispiele, die beide Autoren zum Beweise der Richtigkeit ihrer Behauptung anführen, keineswegs überzeugend. Der von Müller erwähnte Fall, daß eine in einen Fluß gefallene Sache trotz Kenntnis des Aufenthaltsorts eine verlorene sei, deshalb nicht, weil man den Aufenthaltsort einer solchen Sache sicherlich nicht kennt, sondern nur ungefähr angeben kann, und das von Mohr angezogene Beispiel, daß eine in einer Droschke liegen gelassene Sache trotz Kenntnis des Aufenthaltsorts eine verlorene sei, aus dem Grunde nicht, weil eine solche Sache überhaupt keine verlorene, sondern eine vergessene ist.

Zu den verlorenen Sachen gehören nämlich nicht: die gestohlenen, verlegten und vergessenen Sachen. Denn bei den gestohlenen ist der Besitz „durch eine menschliche Tätigkeit" untergegangen, und bei den verlegten und vergessenen liegen nicht alle den Begriff der verlorenen Sache bestimmenden Merkmale vor. Unter verlegten Sachen versteht man solche, die der Besitzer zwar noch in seiner Machtsphäre hat, von denen er auch genau weiß, innerhalb welches bald größeren bald kleineren Raumes sie sich befinden, deren genauen Aufenthaltsort er jedoch nicht kennt. So weiß man z. B. nicht, auf welcher Seite des Buches das gesuchte Lesezeichen liegt, verkramt einen Knopf in einer Schublade, verlegt ein Buch in einem Zimmer usw. Vergessene Sachen sind solche, von denen man genau weiß, wo sie sich befinden, auf die man aber, sobald man ihr Fehlen bemerkt hat, nicht einwirken kann, weil man ihren Besitz verloren hat.[1])

Schon die Quellen rechnen nicht zu den verlorenen Sachen die verlegten und vergessenen[2]) und ferner die verborgenen, die jedoch nur eine Art der verlegten sind.[3])

[1]) vgl. die Definitionen bei Schütze a. a. O. S. 161.

[2]) l. 3 § 13 D. 41, 2: Nerva filius res mobiles excepto homine, quatenus sub custodia nostra sint, hactenus possideri, id est quatenus, si velimus naturalem possessionem nancisci possimus . . . dissimiliter at que si sub custodia mea sit nec inveniatur, quia praesentia eius sit et tantum cessat interim diligens inquisitio.

[3]) l. 44 pr. D. 41, 2: quoniam custodiae causa pecunia condita proponeritur, jus possessionis ei, qui condidis set, non videri peremptum, nec

Natürlich können die verlegten und vergessenen Sachen zu verlorenen werden. So geht z. B. das im Zimmer verlegte Buch dann verloren, wenn ein Hund es aus demselben auf die Straße hinausschleppt. Zu dem Nichtwissen des Aufenthaltsortes ist nun noch Besitzverlust hinzugetreten und damit der Begriff der verlorenen Sache gegeben. Bei einer vergessenen Sache ist der Besitz untergegangen, der frühere Besitzer kennt aber den Aufenthaltsort der vergessenen Sache. Wird dieser nun durch Naturgewalt oder menschlichen Eingriff verändert, so tritt Unkenntnis des Aufenthaltsorts zum Besitzverluste hinzu, die Sache ist zur verlorenen geworden.

Das Bürgerliche Gesetzbuch definiert den Begriff der verlorenen Sache nicht. Die Motive fordern „als ein wesentliches Merkmal der gefundenen Sache, daß die Innehabung des Verlierers ohne dessen Willen aufgehoben sei“.[1]) Erforderlich ist also Besitzverlust, der nach dem BGB. § 856 in dem Verluste der tatsächlichen Gewalt besteht, sofern derselbe nicht nur vorübergehend ist.

Im römischen Recht erlosch, wie aus l. 3 § 13 D. 41, 2: nam pecus simul atque aberraverit aut vas ita exciderit, ut non inveniatur“ und l. 25 pr. D. eod.: ita perdiderimus, ut ignoremus ubi sit“ hervorgeht, der Besitz nicht schon mit dem Verluste der tatsächlichen Gewalt. Die Sache galt erst dann als verloren, wenn der bisherige Besitzer das Abhandenkommen erfahren und sich erfolglos bemüht hatte, die Sache wiederzuerlangen.

Dem Bürgerlichen Gesetzbuche ist ein solcher Schwebezustand unbekannt; mit dem Verluste der tatsächlichen Gewalt gilt die Sache als verloren. Es muß ein Zustand der Besitzlosigkeit eingetreten sein, d. h. die Sache darf nicht sofort in den Besitz einer anderen Person übergegangen sein. So ist das Buch, das ich in dem Zimmer meines Freundes habe liegen lassen, nicht verloren, obwohl ich sowohl Besitz als auch Kenntnis des Aufenthaltsorts verloren habe. Denn es ist sofort in den

---

infirmitatem memoriae damnum adferre possessionis, quam alius non invasit.

[1]) Mot. Bd. 3 S. 386.

Besitz meines Freundes übergegangen, der Zustand der Besitzlosigkeit ist nicht eingetreten.[1])

In welchem Zeitpunkte der Besitz an einer Sache untergegangen ist, dürfte Tatfrage sein.[2]) Die Ansicht Bekkers[3]): „solange die verlorene Sache ungefunden sei, verbleibe sie dem alten Besitzer", widerspricht dem § 856 des BGB., nach dem sich Verlust der tatsächlichen Gewalt und Besitzverlust decken. Da aber eine Sache erst dann als verloren gilt, wenn die tatsächliche Gewalt über sie verloren gegangen ist, so ist gemäß § 856 auch der Besitz an ihr verloren gegangen. In welchem Zeitpunkte die tatsächliche Gewalt untergegangen ist, ist, wie gesagt, Tatfrage. Wie Dernburg[4]) richtig bemerkt, ist „eine derartige Veränderung der Sachlage erforderlich, daß der bisherige Besitzer nicht mehr auf die Verfügung über die Sache nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge zählen kann". So wird man z. B. ebensowenig den Pflug, der auf dem Felde steht, als verloren betrachten dürfen, wie die über Nacht auf dem Neubau von den Bauhandwerkern zurückgelassenen Gerätschaften, da ihre „wirtschaftliche Gebundenheit"[5]) jedermann ersichtlich ist.

Der Begriff der verlorenen Sachen wird von Planck weiter gefaßt, indem er die „sonst abhanden gekommenen Sachen" der §§ 935, 1006 und 1007 den Vorschriften über verlorene Sachen unterstellt wissen will.[6]) Im ersten Entwurfe waren nämlich im § 910 die verlorenen Sachen den „sonstig abhanden gekommenen" gleichgestellt, da „die Miterwähnung derselben dazu dienen solle, das Gebiet der Anwendbarkeit der Vorschriften über die gefundenen Sachen vor einer zu engen Begrenzung zu bewahren, und die Doktrin und Praxis zu befähigen, den Begriff des

---

[1]) vgl. Planck, Komm. zum BGB. Bd. 3 Anm. 1 a zu § 965 S. 227.

[2]) Ein interessantes Beispiel gibt Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des preußischen Rechts 6. Jahrg. S. 456 und 57 Nr. 3 b.

[3]) Bekker, Der Besitz beweglicher Sachen, in Jherings Jahrbüchern Bd. 34 S. 41.

[4]) Dernburg, Bürg. Recht des Deutschen Reichs Bd. 3 § 21 S. 68.

[5]) Endemann, Lehrbuch des bürg. Rechts Bd. 2 § 36.

[6]) Planck a. a. O. Anm. 1a zu § 965 S. 227.

Findens im einzelnen näher festzustellen".[1]) Dieser § 910 Abs. 1 wurde von der Kommission des 2. Entwurfs zwar „sachlich"[2]) angenommen, aber aus redaktionellen Gründen gestrichen.

Diese „sachliche" Annahme veranlaßt Planck dazu, die „sonstigen abhanden gekommenen" Sachen zu den verlorenen zu rechnen. Doch dürfte er damit entschieden zu weit gegangen sein. Denn wenn auch an den „sonstigen abhanden gekommenen" Sachen der Besitz untergegangen ist, so sind sie deshalb noch nicht zu den verlorenen zu rechnen. So sind unseres Erachtens z. B. die vergessenen Sachen den „sonstigen abhanden gekommenen" zu subsumieren. Daß aber die vergessenen Sachen, wenn sie gefunden werden, anders zu behandeln sind als die ursprünglich verlorenen, hat Riemer[3]) ausführlich und treffend nachgewiesen.[4])

Der Begriff der „sonstigen abhanden gekommenen" Sachen ist viel weiter zu fassen als der der verlorenen, die nur eine Abart derselben bilden. Für diese verlorenen Sachen hat das Gesetz besondere Vorschriften gegeben, die nicht auf die „sonstigen abhanden gekommenen" Sachen angewendet werden dürfen.[5])

Fassen wir am Schlusse des Abschnitts unsere Ausführungen zusammen, so gelangen wir zu dem Ergebnisse:

Finden bedeutet Wahrnehmung und Besitzergreifung einer verlorenen Sache, d. h. einer solchen körperlichen, beweglichen

---

[1]) Mot. Bd. 3 S. 375.

[2]) Prot. der Kommission für die 2. Lesung des BGB. S. 256.

[3]) Riemer, Der Anspruch auf Finderlohn, Diss. Leipzig 1901, S. 31 bis 35.

[4]) Als eine Art der „sonstigen abhanden gekommenen" Sachen erwähnt Eller a. a. O. S. 22 diejenigen, zu deren Aufgabe der Besitzer durch vis major gezwungen worden ist.

[5]) Derselben Ansicht sind u. a. auch Riemer a. a. O. S. 36—41 und Wedell, Die rechtlichen Beziehungen zwischen Verlierer und Finder Diss. Rostock S. 20 Anm. 1. Die Planck'sche Ansicht vertreten u. a. Stein, Das Recht des Finders verlorener Sachen, Diss. Leipzig 1903, S. 3 und Heintzel, Wie gestalten sich die Besitzverhältnisse bei einer gefundenen Sache nach BGB., Diss. Erlangen 1904, S. 16—17.

Sache, die in jemandes Eigentum steht und diesem ungezwungen und ohne seinen Willen aus dem Besitze gekommen ist.

Der Besitz an einer verlorenen Sache ist also untergegangen. Ob nun durch das Finden neuer Besitz entsteht und wer ihn erlangt, d. h. wie sich die Besitzverhältnisse bei einer gefundenen Sache gestalten, soll im folgenden Gegenstand unserer Untersuchung sein.

Zweiter Abschnitt.

Die Gestaltung der Besitzverhältnisse bei einer gefundenen Sache.

A. Römisches und gemeines Recht.

§ 4.

Geschichtliches über den Besitzbegriff des römischen und gemeinen Rechts.

Nihil commune habet proprietas cum possessione sagt Ulpian in l. 12 § 1 D. 41,2 und kennzeichnet hiermit die strenge Scheidung, die das römische Recht zwischen Eigentum, dem rechtlichen, und Besitz, dem tatsächlichen Verhältnis einer Person zur Sache durchführte. Für unsere Aufgabe kommt nur das letztere in Betracht, da es, wie wir oben sahen, für den Begriff der verlorenen Sache unbedingt notwendig ist, daß zwar der Besitz, nicht aber das Eigentum an derselben untergegangen ist.[1])

Betreffs des tatsächlichen Verhältnisses einer Person zur Sache unterschied das römische Recht zwei Arten: die vom Recht geschützte possessio, die wir schlechthin Besitz nennen wollen, und die nicht geschützte bloße Innehabung, detentio.

Darüber, ob der Finder possessor oder detentor ist, geben uns die Quellen keinen Aufschluß. Wir müssen daher untersuchen, von welchem allgemeinen Gesichtspunkte das römische Recht bei der Verleihung des Besitzschutzes ausging.

---

[1]) vgl. l. 67 D. 6, 1: pecunia forte perdita vel per errorem ab eo ad quem pertinebat non ablata, nihilo minus eius eam esse, cuius fuerat.

Diese Frage ist eine der bestrittensten nicht nur in der Besitz-, sondern in der juristischen Literatur überhaupt. Die Erklärungsversuche der italienischen Juristen des 14. Jahrhunderts förderten die seltsamsten Ergebnisse zutage. So kannten sie „einen Besitz des Adels, der Ämter, des Notariats und Doktorats, der väterlichen Gewalt, der Kindschaft, der persönlichen Freiheit, der ehelichen Geburt und des Begräbnisrechts.[1]) Natürlich waren diese Konstruktionen nicht geeignet, das Rätsel der römischen Besitzlehre zu lösen, sie verwirrten die Begriffe vielmehr derartig, daß man dieselbe als gordischen Knoten betrachtete, dessen Entwirrung den Schriftstellern unmöglich dünkte.[2]) Da war es Savigny, der durch sein glänzendes Werk: „Das Recht des Besitzes“ Klarheit in die römische Besitzlehre brachte. In scharf logischer Weise bewies er aus den Quellen heraus, daß die Widersprüche nur scheinbar beständen und daß das römische Recht in Wirklichkeit bei der Verleihung des Besitzschutzes nicht willkürlich, sondern nach einem festen System verfahren sei. Savignys Werk fand unter den Juristen begeisterte Aufnahme. Man legte ihm, wie Lenz[3]) sagt, „das Ansehen und die Wirkung einer befreienden Tat bei, durch die er den Schatz des lauteren Goldes hob, welcher unter jener wüsten Schuttmasse vergraben lag, die eine plan- und ziellose Literatur und eine ebenso im Dunkeln tappende Praxis Jahrhunderte hindurch darüber aufgehäuft hatten“.

Wenn auch Savignys Lehre nicht unbestritten blieb, so nahm sie doch die Mehrzahl der Juristen mit mehr oder weniger erheblichen Modifikationen im Prinzip an. Erst Jhering[4]) setzte sich zu ihr in den schroffsten Gegensatz, indem er sie als falsch verwarf.

Zwar hat auch Jhering mit seiner Lehre starken Beifall gefunden, aber von der Unrichtigkeit der Savignyschen Lehre hat er nur wenige zu überzeugen vermocht. Der Kampf der beiden Geister hat zu keiner Entscheidung geführt. Unbesiegt

---

[1]) Bruns, Das Recht des Besitzes S. 277.
[2]) vgl. Savigny, Das Recht des Besitzes S. 25.
[3]) Lenz, Das Recht des Besitzes S. 81.
[4]) Jhering, Der Besitzwille, Jena 1889.

stehen sie nebeneinander und spalten die Juristenwelt in zwei Ansichten, die sich nach wie vor heftig befehden.

Wir wollen nun die Gestaltung der Besitzverhältnisse bei einer gefundenen Sache nach den Theorien Savignys und Jherings betrachten, dabei aber nur die Besitzarten und die zu ihrem Erwerbe notwendigen Erfordernisse kritisch beleuchten, ohne näher auf die Fragen einzugehen über die Natur des Besitzes, ob er ein Recht oder ein factum sei, über den Grund des Besitzschutzes, über den Unterschied zwischen civilis und naturalis possessio usw. Nur den redlichen Finder wollen wir in den Kreis unserer Betrachtungen ziehen, d. h. denjenigen Finder, der die Sache nur aus dem Grunde an sich nimmt, um sie dem Verlierer zuzustellen.

a) Das Besitzverhältnis des Finders.

§ 5.

α) Nach Savigny.

Betrachten wir zunächst das Besitzverhältnis, in das ein ehrlicher Finder zur gefundenen Sache tritt.

Analog dem Satze des Paulus in l. 3 § 1 D. 41, 2: Apiscimur possessionem corpore et animo neque per se animo aut per se corpore definiert Savigny den Besitz als „Detention verbunden mit animus possidendi“.[1])

Als Detention bezeichnet er „den Zustand, in welchem nicht nur die eigene Einwirkung auf die Sache physisch möglich ist, sondern auch jede fremde Einwirkung verhindert werden kann“.[2])

Den animus possidendi erläutert er als „das der Detention korrespondierende Wollen. Jede Detention müsse nämlich, wenn sie als Besitz gelten solle, absichtlich sein, d. h. man müsse um Besitzer zu sein, die Detention nicht bloß haben, sondern auch haben wollen“.[3]) Derjenige, der eine Sache innehabe, könne entweder den animus haben, für sich das Eigentum auszuüben

[1]) Savigny a. a. O. S. 121.
[2]) Savigny a. a. O. S. 26.
[3]) Savigny a. a. O. S. 109.

oder für einen anderen. Juristischer Besitz (possessio) liege nur dann vor, wenn der animus possidendi zum animus domini oder animus sibi habendi gesteigert werde. Denn „nur der könne als Besitzer gelten, welcher die Sache als Eigentümer behandelt, deren Detention er hat".[1])

Der von Savigny entwickelte Begriff des „abgeleiteten Besitzes",[2]) durch den er die seltsame Erscheinung zu erklären versuchte, daß in den Quellen gewisse Detentoren, nämlich Pfandgläubiger, Prokurist, Sequester, Emphyteut und Superfiziar[3]) Besitzschutz genossen, während sie doch zweifellos den animus domini nicht hatten, kann für uns nicht in Betracht kommen, da die Quellen nur in den aufgezählten Fällen diese Besonderheit erwähnen.

Ist der Finder nun nach Savignyscher Auffassung Besitzer oder Detentor?

Das eine Erfordernis des juristischen Besitzes: das corpus, ist vorhanden, aber der animus domini zweifellos nicht. Denn der redliche Finder hat nicht die Absicht, „die Sache faktisch ebenso zu beherrschen, wie ein Eigentümer kraft seines Rechts zu tun befugt ist, also insbesondere auch ohne einen andern besser Berechtigten über sich anerkennen zu wollen".[4]) Im Gegenteil, er nimmt ja die Sache nur an sich, um sie dem Verlierer zuzustellen, er will nicht für sich besitzen, sondern für einen anderen, nämlich den Verlierer.

Der Finder ist also Detentor der gefundenen Sache; denn „hat jemand die Absicht, fremdes Eigentum auszuüben, so liegt darin kein solcher animus possidendi, durch welche die Detention zum Besitz erhoben würde".[5])

Savigny legt, wie wir gesehen haben, der Unterscheidung zwischen juristischem Besitz und Detention den Willen des Besitzers zugrunde; man nennt daher seine Theorie die „Sub-

---

[1]) Savigny a. a. O. S. 110.

[2]) Savigny a. a. O. S. 119.

[3]) Ob der Superfiziar Besitzschutz genoß, ist streitig, s. Engelmann, Das bürgerliche Recht Deutschlands S. 483.

[4]) Savigny a. a. O. S. 110.

[5]) Savigny a. a. O. S. 109.

jektivitäts- oder Willenstheorie".[1]) Seine Lehre pflegt man als „die herrschende" zu bezeichnen. Allerdings haben einzelne seiner Anhänger den von ihm verlangten Willen, die Sache als Eigentümer zu behandeln, mehr oder weniger modifiziert[2]) und erhob sich besonders eine lebhafte Opposition gegen den Begriff des „abgeleiteten Besitzes",[3]) den Dernburg[4]) als „eine gekünstelte den Quellen fremde juristische Konstruktion" bezeichnet. Darin aber waren alle diese Juristen mit Savigny einig, daß das Vorhandensein des animus possidendi für die Bestimmung, ob juristischer Besitz vorliege, ausschlaggebend sei.

§ 6.

β) Nach der Jheringschen Theorie.

Jhering verwarf Savignys Lehre als falsch, indem er behauptet: „Wenn die beiden Voraussetzungen, die zur Annahme des Besitzverhältnisses überhaupt erforderlich sind: corpus und animus, vorliegen, so entsteht stets Besitz, soweit nicht eine gesetzliche Bestimmung nachweisbar ist, welche mit demselben ausnahmsweise lediglich Detention verbindet." [5]) Er hält also nicht den Willen des einzelnen für die Entscheidung darüber, ob Besitz oder Detention vorliege, für maßgebend, sondern überläßt diese Bestimmung der objektiven Rechtsnorm. Er nennt daher seine Theorie die „Objektivitätstheorie" [5]) und sagt: „Nimm überall Besitz an, wo der äußere Tatbestand desselben vorliegt, soweit nicht von der anderen Seite in der Person des angeblichen Besitzers ein Verhältnis dargetan wird, mit

---

[1]) Jhering a. a. O. S. 7.

[2]) So spricht z. B. Windscheid-Kipp a. a. O. Bd. 1 § 149 S. 657 vom „Willen, wie ihn der Eigentümer haben darf"; Brinz, Pand. Bd. 1 § 137 S. 502 vom Aneignungswillen; Randa, Der Besitz nach österreichischem Rechte § 1 S. 1 verlangt „den Willen, die Sache wie eigen zu behandeln; Böcking, Pand. Bd. 1 § 123 S. 451 den animus rem sibi habendi.

[3]) s. darüber Sintenis, Das praktische gemeine Zivilrecht Bd. 1 § 42 S. 441 Anm. 14.

[4]) Dernburg a. a. O. Bd. 1 § 172 S. 402.

[5]) Jhering a. a. O. S. 8.

dem das römische Recht lediglich Detention verbunden hat: eine der causae detentionis, die du in jedem Lehrbuch der Pandekten aufgezählt findest.“[1])

Jhering gelangt in konsequenter Anwendung seiner Lehre zu der Entscheidung, daß der Finder juristischer Besitzer der gefundenen Sache sei: „Er nimmt die Sache zu sich, damit erhält er den Besitz, sofern nicht eine positive Bestimmung ihm denselben abspricht. Nach einer derartigen Bestimmung sehen wir uns aber in den Quellen vergebens um.“[2])

γ) Der Finder ist Detentor.

§ 7.

Widerlegung der Jheringschen Ansicht.

Wenn auch zugegeben werden muß, daß die Jheringsche Lehre bedeutend praktischer ist als die Savignysche, indem sie in allen Fällen juristischen Besitz annimmt, in denen das Gesetz nicht ausdrücklich nur Detention gibt, und so die komplizierte Untersuchung eines rein psychologischen Vorganges erübrigt, so kann man doch nicht die Scheidung von animus und corpus als eine derartig willkürliche bezeichnen, wie Jhering es tut. Denn mit Recht weist Bekker[3]) darauf hin, daß „eine ähnlich scharf betonte und konsequent beibehaltene Zerlegung eines Vorgangs in seine Elemente im ganzen römischen Rechte kaum zum zweiten Male zu finden sein werde.“

Mit viel größerer Berechtigung könnte man Jhering den Vorwurf der Willkür machen und in allen Fällen, in denen die Quellen nicht ausdrücklich von juristischem Besitz sprechen, daraus folgern, daß Detention vorliege.

Vor allem kann uns der Gegenbeweis nicht überzeugen, mit dem Jhering die Hauptstellen zu entkräften sucht, auf denen die „Subjektivitätstheorie“ basiert, nämlich l. 1 § 20 D. 41, 2 und l. 37 D. 13, 7, die beide von Paulus herrühren.

---

[1]) Jhering a. a. O. S. 11.
[2]) Jhering a. a. O. S. 426.
[3]) Bekker, Das Recht des Besitzes S. 153.

Jhering gibt selbst zu: „Wer sich ausschließlich an diese beiden Stellen hält, kann dem Schluß, den die Subjektivitätstheorie ihnen entnommen hat, gar nicht ausweichen. Aber, „so fährt er fort, „dieser animus possidentis ist eine individuelle Ansicht des Paulus und er hat nicht die Bedeutung eines Rechtsprinzips, sondern eines konstruktiven Gesichtspunktes, und der Fehler, den die Subjektivitätstheorie begangen hat, besteht darin, daß sie dem lediglich konstruktiven Gesichtspunkte dogmatische Wahrheit eingeräumt hat.“ [1])

Die Subjektivitätstheorie führt aber nicht nur die beiden Stellen des Paulus zum Beweise der Richtigkeit ihrer Lehre an, sondern beruft sich neben der von Jhering[2]) nicht anerkannten l. 28 D. 41, 2 noch auf l. 18 § 3, 44, 2, 45 und 46 D. eod., aus denen mit Evidenz hervorgeht, daß auch Tertullian, Celsus und Papinian den animus possidendi kannten.

Von den 5 Quellenstellen, die Jhering[3]) zum Beweise seiner Theorie heranzieht, nämlich l. 21 pr. D. 41, 1, l. 13 D. 39, 5, l. 60 § 1 D. 19, 2, l. 44 § 4 D. 41, 3 und l. 21 D. eod. sagt selbst Baron,[4]) der wohl am eifrigsten Jherings Lehre vertritt, daß ihm „bloß die beiden letzteren einwandsfrei erschienen“. Diese beiden letzteren hat jedoch Freitag[5]) und speziell l. 21 D. 41, 3 Igen[6]) ausführlich widerlegt.

Jherings Quellenbeweis wirkt also keineswegs überzeugend. Die ganze Art und Weise seiner Beweisführung läßt überhaupt sehr die strenge Sachlichkeit vermissen, die in vornehmer Weise die Ansichten des Gegners zu widerlegen bestrebt ist. Ebensowenig wie wir seinem höchst ungerechten, abfälligen Urteile über Paulus beistimmen können, der „ein wüster Fanatiker im

---

[1]) Jhering a. a. O. S. 271.

[2]) Jhering a. a. O. S. 270 Anm. 1.

[3]) Jhering a. a. O. S. 343 ff.

[4]) Baron, Noch einmal der Besitzwille, in Jherings Jahrbüchern Bd. 30 S. 197. Jherings Lehre vertreten außer Baron u. a. noch: Kuhlenbeck, Von den Pand. z. BGB. 2. Teil S. 422 und Piminski, Der Tatbestand des Sachbesitzerwerbes Bd. 1. S. 9 ff.

[5]) Freitag a. a. O. S. 22 ff.

[6]) Igen, Rechtliche Stellung des Finders und dessen Erben in Beziehung auf die Fundsache, Diss. Erlangen 1898, S. 36 ff.

Konstruieren gewesen sei und sich zu Deutungen habe hinreißen lassen, bei denen man fragen möchte, ob er noch recht bei Sinnen gewesen sei",[1]) ebensowenig überzeugt uns seine Beweisführung, die, um mit Kuntze[2]) zu reden, „lediglich ein sophistisches Kunststückchen" ist.

Zwischen der Savignyschen und Jheringschen Theorie vermitteln zahlreiche Besitztheorien, die teils nur den Willen allein gelten lassen, teils neben demselben auch dem corpus einen bescheidenen Platz einräumen und von denen hier einige erwähnt seien.

So definiert Kierulff[3]): „Der wirkliche Besitz ist der ausgeführte durchgesetzte Wille, welcher nicht mehr bloß darauf gerichtet ist, die Herrschaft der Sache zu erlangen (animus rem sibi habendi), sondern schon wirklich der Sache mächtig ist (animus possidentis). Er ist der Wille, welcher durch ein ihm entsprechendes äußeres Tun sich schon realisiert hat, woraus denn von selbst einleuchtet, daß für den Begriff dieses Besitzes die unmittelbare Detention ein unwesentliches Merkmal ist." Denselben Nachdruck auf den „ausgeführten durchgesetzten Willen" legt Bruns[4]) seiner Definition zugrunde: „Recht und Besitz haben ihren gemeinsamen höheren Ausgangspunkt im Begriffe des Willens. Dieser Wille ist Besitz, wenn er zur Tat und zum tatsächlichen Verhältnis wird." Lenz[5]) will überhaupt nur den Willen gelten lassen: „animus und corpus sind nicht zwei Bestandteile des Besitzerwerbes, sondern zwei Momente eines Begriffs. In dem corpus manifestiert sich nur die Macht des Willens, ohne welche dieses überhaupt nicht gedacht werden kann."

Zu recht eigenartigen Auffassungen gelangen Stintzing und Bekker. Stintzing[6]) meint: „Die Beziehung der Person zu der Sache, die Macht über die Sache ist gar nichts, was für

---

[1]) Jhering a. a. O. S. 274.
[2]) Kuntze, Zur Besitzlehre S. 18.
[3]) Kierulff, Theorie des gemeinen Zivilrechts S. 341.
[4]) Bruns a. a. O. § 57 S. 486.
[5]) Lenz a. a. O. S. 99.
[6]) Stintzing, Der Besitz S. 1 u. 5.

das Recht irgend Bedeutung hat. Die hergestellte Macht gibt auch an sich gar keinen Gesichtspunkt für die Rechtsordnung. Für diese ist allein maßgebend die Beziehung der Person zu den Mitmenschen. Der Besitzwille ist negativer Natur. Er ist nicht animus domini, sondern affectio tenendi. Besitzer ist also derjenige, der den Ausschluß will und den Ausschluß hergestellt hat." Bekker[1]) konstruiert einen Doppelwillen: „Corpus ist Handlung, gewollte Körperbewegung; gerade der reine Willensakt, das Gebot, das vom Zentrum der Willenskraft vorgeht, gehört zum corpus (das darohne gar nicht zu denken ist), nicht zum animus. Animus ist ein Motiv zur Handlung, das wir am besten als Absicht bezeichnen werden."

Schließlich sei noch die Definition von Kuntze[2]) erwähnt, der einen treffenden Vergleich wählt, indem er sagt: „Besitz ist ein Band, durch welches eine Sache an eine Person geknüpft wird; der Besitzwille knüpft dieses Band, und zwar durch eine Tat der Person, worin das Band in die sinnliche Erscheinung tritt, zur äußeren Tatsache erhoben wird."

Natürlich ist es nicht unsere Aufgabe, diese einzelnen Besitztheorien auf ihren Wert zu prüfen. Wir folgen der Savignyschen Auffassung, nach der der Finder Detentor der gefundenen Sache ist. Als solcher genießt er nicht den Interdiktenschutz des juristischen Besitzers. Dies erscheint einigen Schriftstellern bedenklich, und sie suchen daher den Finder als juristischen Besitzer zu konstruieren.

§ 8.

Widerlegung der anderen widersprechenden Ansichten.

Selbst Mandry,[3]) der im übrigen Savignys Lehre vertritt, verficht die Anschauung, daß der Finder juristischen Besitz

[1]) Bekker a. a. O. S. 160 u. 161.

[2]) Kuntze a. a. O. S. 31.

[3]) Mandry, Zur Lehre vom Besitzwillen, im Arch. ziv. Pr. Bd. 63 S. 1 ff.

erlange. Er ist der Ansicht, daß Detention notwendigerweise juristischen Besitz voraussetze, daß ohne denselben Detention nicht denkbar sei. Unzweifelhaft sei aber der juristische Besitz an einer verlorenen Sache untergegangen. Da der Finder aber, wenn er redlich sei, auch nicht den Willen habe, sich die Sache anzueignen und so juristischen Besitz zu erlangen, so wäre die Sache ohne Besitzer. Es bliebe nun noch die Möglichkeit, daß der Finder durch die Besitzergreifung den Verlierer zum Besitzer mache oder dessen Besitz fortsetze. „Wenn aber der Finder wisse oder zu wissen glaube, daß der Verlierende nicht mehr Besitzer sei, könne er nicht dessen Besitz fortsetzen wollen; ebensowenig aber könne er denselben wiederum direkt zum Besitzer der verlorenen Sache machen wollen, da er sich ja bewußt sein müsse, nicht mit direkten rechtlichem Effekt für jemanden, der ihm keine Vollmacht gegeben habe, handeln zu können.“ [1]) Diese Besitzlosigkeit könne nur dann in befriedigender Weise gehoben werden, wenn man dem Finder juristischen Besitz zuspräche. Allerdings fehle ihm der animus rem sibi habendi, er wolle ja alieno nomine detinere. Jedoch „liege es auf der Hand, daß, wenn es zulässig und geboten sei, auch beim Besitzerwerbe zwischen mittelbarer und unmittelbarer Stellvertretung zu scheiden, das für sich selbst Erwerben und Haben nicht vom schließlichen materiellen Zwecke und Resultate, sondern eben von dem Erwerbe des Besitzes als solchen verstanden werden müsse, d. h. daß für sich selbst im Sinne der Besitzlehre erwerbe, wer zunächst selbst Besitzer werden wolle, auch wenn er für einen anderen, genauer gesagt in der Absicht, den Besitz nachträglich diesem andern zu überlassen, selbst Besitzer werden wolle“. [2])

Mandrys Theorie, die „der Lehre vom Besitzwillen eine fruchtbarere Wendung gegeben haben soll“,[3]) können wir nicht als richtig anerkennen. Wie wir oben sahen, ist gerade Besitzlosigkeit ein wesentliches Merkmal des Begriffes der verlorenen

---

[1]) Mandry a. a. O. S. 3.
[2]) Mandry a. a. O. S. 14.
[3]) Stintzing, Zur Besitzlehre S. 18.

Sache, und diese Besitzlosigkeit steht keineswegs im Widerspruche mit den Quellen.[1]) „Auch hat die Annahme einer Detention in der Person des einen ohne Besitz in der eines andern nach der Theorie der römischen Juristen nicht das mindeste gegen sich.“ [2])

Mit dem von ihm konstruierten Besitzwillen aber, der „inhaltlich vollständig mit dem animus detinendi zusammentreffe, d. h. nichts anderes sei als der Wille die Sache zu haben“,[3]) fällt Mandry von der Savignyschen Lehe ab, aus der heraus er gerade den juristischen Besitz des Finders herleiten will. „Wenn er aber“, sagt Baron[4]) mit Recht, „demselben den besonderen Besitzwillen zuschreibt, so ist dies offensichtlich eine Fiktion; denn seine Argumentation läuft darauf hinaus, daß der Finder den besonderen Besitzwillen annehmen müsse, damit die völlige Besitzlosigkeit der Sache vermieden werde“.

Abgesehen davon, daß wohl nur ein juristisch geschulter Finder die von Mandry verlangten Erwägungen anstellen wird, ist es durchaus nicht notwendig, daß der Finder gerade den Mandryschen animus sibi detinendi haben muß, mit derselben Berechtigung kann der Finder schon beim Ergreifen der gefundenen Sache den animus alieno nomine detinere haben.[5])

Diese Unwahrscheinlichkeit des psychologischen Vorganges, den Mandry verlangt, veranlaßt denn auch Landsberg,[6]) der Mandrys Ansicht im übrigen vertritt, dem Finder nicht den moralischen Zwang aufzuerlegen, die Sache für sich haben zu wollen, um sie dem Verlierer zuzustellen (den Mandryschen animus detinendi), vielmehr „müsse es dem Finder redlicherweise

---

[1]) Näheres s. Jhering a. a. O. S. 296.

[2]) Jhering a. a. O. S. 425.

[3]) Mandry a. a. O. S. 26.

[4]) Baron, Zur Lehre vom Besitzwillen, in Jherings Jahrbüchern Bd. 29 S. 226.

[5]) In ähnlicher Weise sprachen sich gegen Mandry aus: Blänkner, Die rechtliche Stellung des Finders verlorener Sachen, Diss. Greifswald 1901, S. 26; Chaffak, Fundsache und Schatz, Diss. Leipzig 1903, S. 18; Freitag a. a. O. S. 27; Müller a. a. O. S. 25; Weiß, Das Recht des Finders, Diss. Göttingen 1901, S. 31; Eller a. a. O. S. 32.

[6]) Landsberg, Das furtum des bösgläubigen Besitzers S. 51.

gestattet sein, Besitz von der gefundenen Sache als negotiorum gestor des Eigentümers zu ergreifen, sobald er nur in der Wahrung der eigentümerischen Interessen soweit gehen wolle".

Wenn auch diese Auffassung eine natürlichere ist, so ist damit der Mandryschen Lehre wenig geholfen. Denn der von ihr aufgestellte animus ist gekünstelt und vollkommen unpraktisch. „Es ist", bemerkt Kuntze[1]) richtig, „nicht zu verstehen, was es heißen soll, der Besitzer wolle nicht bloße Inhabung, aber er wolle bloßen Besitz. Besitzwille ist eben absoluter Herrschaftswille, also Eigentümerwille, und diesen hat der Finder doch nicht, sofern er den Eigentümer, berücksichtigt."

Dennoch gelangt auch Kuntze, trotzdem er den Mandryschen Besitzwillen verwirft, durch andere Gesichtspunkte angeregt zu dem Resultate, daß der Finder juristischer Besitzer sei. Der Finder habe zwar nur einen Innehabungswillen, „er stelle sich aber vor, daß die Sache vom Eigentümer möglicherweise aus irgend einem Grunde derelinquiert sei, z. B. ein unbequemer Hund fortgejagt, ein Vogel aus Freundlichkeit freigelassen worden sei. Auch liege jedem Finder die Vorstellung nahe, daß möglicherweise der Eigentümer nicht zu ermitteln sein und die Sache in das Eigentum des Finders fallen werde. Bald werde dieser event. Eigentümerwillen nur verschwiegen und bescheiden im Hintergrund der Seele auftauchen, bald sich in den Vordergrund drängen. Dieser Eventualwille müsse am Rechtsschutz teilnehmen, und mit Rücksicht darauf sei dem Finder der Besitzschutz nicht zu versagen." [2])

Kuntze verlangt vom Finder eine üppige Phantasie, die sich in unserem nüchternen Zeitalter gewiß nur noch bei poetisch veranlagten Gemütern finden mag. Daß der Finder des täglichen Lebens, der für das Recht nur in Betracht kommen kann, derartige Betrachtungen über eine verlorene Sache anstellen wird, ist kaum anzunehmen. Abgesehen davon, daß auch nicht jeder Finder sich beim Finden einer Sache sagen wird: „Event. ist der Eigentümer nicht zu ermitteln und ich erwerbe dann Eigentum", da ein wohlhabender Finder meist nur aus Gefälligkeit

[1]) Kuntze a. a. O. S. 69.
[2]) Kuntze a. a. O. S. 69 ff.

sich der Fundtätigkeit zu unterziehen und auf die bescheidenen materiellen Vorteile großmütig zu verzichten pflegt, kann der Finder nach römischem Rechte nie Eigentum erwerben.[1] [2])

Für den juristischen Besitz des Finders tritt auch Hirsch[3]) ein, und zwar mit folgender Begründung: „Der Wille des Finders ist darauf gerichtet, dem Eigentümer die Möglichkeit zu eröffnen, die verlorene Sache wiederzuerlangen. Um diesen Zweck zu erreichen, verschafft er sich zunächst selbst die Herrschaft über die Sache, seine Herrschaft aber soll als Durchgangspunkt für diejenige eines anderen dienen."

Daß der Finder aus diesem Grunde sich zum Besitzer machen soll, dazu fehlt jede Veranlassung, da der Finder dem Verlierer die Wiedererlangung auch dann ermöglicht, wenn er nur detiniert.

Von einem rein äußerlichem Gesichtspunkte geht Dernburg[4]) aus, wenn er den Finder mit dem Sequester vergleicht und ihm deshalb Besitzschutz geben will, den die Quellen dem Sequester, trotzdem er keinen animus domini hatte, geben.

---

[1]) Näheres enthalten Blänkner a. a. O. S. 67; Chaffak a. a. O. S. 23 und Österreich, Das Recht des Finders verlorener Sachen, Diss. Bonn 1898, S. 34. Neben den beiden ersteren bekämpfen die Kuntzesche Ansicht u. a. noch Freitag a. a. O. S. 33 und Heintzel a. a. O. S. 28.

[2]) Zu diesem allgemein anerkannten Prinzip des römischen Rechts stehen zwei der oben erwähnten Handschriften des syrisch-römischen Rechtsbuches in direktem Widerspruch. § 55 der ersten Handschrift Mitteis a. a. O. S. 41) lautet: „Der Richter spricht: Wenn ein Mann einen Fund von Denaren oder Drachmen macht und es (das Ding) freiwillig seinem Besitzer zurückgibt oder auf Befragen ohne Zwang ein Bekenntnis über den Fund ablegt, so befiehlt das Gesetz der Richter, daß der Finder ein Viertel der gefundenen Sache bekommt." Ebenso setzt den Eigentumserwerb des Finders als selbstverständlich voraus § 148 in der zweiten Handschrift (Mitteis a. a. O. S. 42), der folgendermaßen lautet: „Wenn ein Mann einen Fund findet, Dareiken oder Geräte (Kleider) oder anderes und es freiwillig seinem Besitzer gibt, oder wenn er auf Befragen, nicht auf Zwang hin ein Bekenntnis ablegt in betreff eines Fundes, so befiehlt das Gesetz, daß er ein Viertel von der Sache, was es auch sei, bekomme, und der ursprüngliche Besitzer bekommt drei Viertel."

[3]) Hirsch, Die Prinzipien des Sachbesitzerwerbes und -verlustes S. 678.

[4]) Dernburg, Pand. Bd. 1 § 173 S. 403.

Dernburg betrachtet abweichend von Savigny den Sequester als juristischen Besitzer, da er der Ansicht ist, daß jeder, der die Sache für sich innehabe, juristischer Besitzer sei, nicht aber jeder juristischen Besitzschutz genieße.[1])

Dieser Ansicht können wir nicht beitreten. Denn abgesehen davon, daß der Sequester richtiger Ansicht nach[2]) nur dann den Besitz erlangt, wenn die Parteien ausdrücklich bestimmen, daß er den Besitz haben solle, damit durch diesen Besitz alle bisherige Usukapion unterbrochen werde, erscheint uns die Auffassung von der analogen Stellung des Finders als sehr willkürlich. Denn die Stellung des Sequesters ist doch von der des Finders weit verschieden. Vor allem wird die Stellung des ersteren durch übereinstimmende Handlung der Parteien erzeugt, während der Finder durch den einseitigen Akt der Ansichnahme die Innehabung der gefundenen Sache erlangt. Ferner können die Parteien vom Sequester die Herausgabe der Sache erst nach Entscheidung des Rechtsstreits, der Verlierer dieselbe aber jederzeit verlangen. Wenn allerdings „mehrere sich für die Verlierer erklären, könnte die Stellung des Finders sich der eines Sequesters[3]) nähern.

Wir müssen also bei dem von uns gefundenen Ergebnisse, nach dem der Finder Detentor ist, verharren, da uns die dagegen angeführten Ansichten[4]) nicht überzeugen können.

Besonders will die praktische Notwendigkeit nicht einleuchten. Denn wenn auch der Detentor im römischen Recht nicht denselben Rechtsschutz genoß wie der juristische Besitzer, so war er deshalb doch nicht schutzlos.[5]) [6])

---

[1]) Dernburg a. a. O. Bd. 1 § 172.

[2]) Savigny a. a. O. S. 301.

[3]) Spittel, Besitz und Ersitzung einer gefundenen Sache, Diss. Göttingen 1898, S. 22.

[4]) Für den juristischen Besitz des Finders sind außer den erwähnten Schriftstellern noch Haß, Die Klagen des Verlierers gegen den Finder, Diss. Göttingen 1898, S. 18 u. Lenel, Stellvertretung u. Vollmacht, in Jherings Jahrbüchern Bd. 36 S. 60.

[5]) s. darüber Blänkner a. a. O. S. 37 ff.

[6]) Der Grund des Besitzschutzes ist sehr streitig. Die verschiedenen Theorien darüber s. Bruns, Besitzklagen S. 236.

Für das gemeine Recht war ohnehin durch die Einführung der actio spolii[1]) die Detention desselben Schutzes teilhaftig geworden wie die possessio.

Der Finder ist also Detentor der gefundenen Sache.[2]) Welche Stellung nimmt nun aber der Verlierer zu derselben ein?

b) Das Besitzverhältnis des Verlierers zur gefundenen Sache.

§ 9.

Rechtliches Verhältnis des Finders zum Verlierer.

Da, wie wir oben sahen, der Besitz des Verlierers mit dem Verluste der Sache untergegangen ist, so ist hier nur die Frage zu beantworten, ob der Verlierer durch das Finden der Sache neuen Besitz erwirbt, den ihm der Finder durch das Ansichnehmen der Sache erwirbt.

Betrachten wir zunächst das rechtliche Verhältnis, in dem der Finder zum Verlierer steht.

Übereinstimmend wird die Tätigkeit des Finders als negotiorum gestio aufgefaßt,[3]) und zwar mit Recht. Denn dadurch daß er die verlorene Sache an sich nimmt, nimmt er die Interessen des Verlierers wahr, ohne von demselben beauftragt zu sein

Nur Jhering[4]) ist anderer Meinung und begründet dieselbe folgendermaßen: „Der Geschäftsführer sei verpflichtet, das einmal begonnene Geschäft zu Ende zu führen, dem Finder werde aber sicherlich niemand die Befugnis absprechen, die Sache, die er einmal aufgenommen habe, später wieder wegzuwerfen. Und sodann könne und dürfe sich beim Finder mit der Ab-

---

[1]) s. Bruns a. a. O. S. 226.

[2]) Derselben Ansicht sind Wächter a. a. O. Bd. 2 § 122 S. 40; Gimmerthal a. a. O. S. 527; Liebrecht, Das Verhältnis des Schatzes zur Fundsache, Diss. Leipz. 1903, S. 42; Chaffak a. a. O. S. 21; Giczynski a. a. O. S. 29 u. a.

[3]) So Bonitz in den Verhandlungen des 16. Deutschen Juristentags S. 186; Stintzing a. a. O. S. 144; Delbrück a. a. O. S. 55; Windscheid-Kipp a. a. O. § 184 S. 837 Anm. 7; Dernburg a. a. O. § 206 S. 479.

[4]) Jhering a. a. O. S. 422 u. 423.

sicht, die Sache dem Eigentümer herauszugeben, auch die verbinden, im Falle, daß er sich nicht ermitteln lasse, sie für sich zu behalten; hinter der Absicht, für den Eigentümer zu handeln, stehe also die eventuelle, es für sich zu tun. So werde es begreiflich, daß die Quellen nirgends der Anwendbarkeit der actio negotiorum gestorum gegen den Finder gedächten."

Aus dem von Jhering angegebenen Grunde übergehen die Quellen wohl kaum die Erwähnung der Anwendbarkeit der Grundsätze der negotiorum gestio auf den Fund. Dieser Umstand ist vielmehr daraus zu erklären, daß sie sich mit der Fundlehre sehr wenig beschäftigt und deshalb keine Parallelen zwischen Fund und negotiorum gestio gezogen haben.

Daß dem Finder die gefundene Sache wieder wegzuwerfen gestattet sein soll, dürfte wohl kaum den Grundsätzen der bona fides, die das römische Recht beherrschten, entsprechen. Und wenn auch der Finder die event. Absicht hat, mit der Besitzergreifung für sich zu handeln, indem er annimmt, daß der Eigentümer vielleicht nicht zu ermitteln sein werde und er sich dann die Sache behalten dürfe, so führt er doch bis zu diesem sehr ungewissen Zeitpunkte die Geschäfte nicht als eigene sondern als fremde.

Wir müssen daher den Finder als negotiorum gestor ansehen.

§ 10.

Tatsächliches Verhältnis des Verlierers zur verlorenen Sache nach dem Verluste.

Kann nun ein negotiorum gestor Besitz für den Geschäftsherrn erwerben?

Das römische Recht kannte allerdings eine Stellvertretung beim Besitzerwerbe.

Apiscimur possessionem animo et corpore, animo utique nostro, corpore vel nostro vel alieno (Sententiae Paul. II, 2 § 1),

Durch ein fremdes corpus kann also Besitz erworben werden, aber es bedarf des Hinzutretens des höchstpersönlichen animus. Erforderlich ist also die Zustimmung des Vertretenen; ist diese

wie bei der negotiorum gestio nicht vorhanden, dann bedarf es der Genehmigung (ratihabitio) des Geschäftsherrn.

Die Besitzergreifungshandlung des negotiorum gestor erzeugte also niemals Besitz für den Geschäftsherrn, erst mit der Genehmigung der Apprehensionshandlung des negotiorum gestor durch den Geschäftsherrn erlangte derselbe den Besitz. Denn vorher wußte ja der Geschäftsherr noch gar nichts von dem Besitzerwerbe durch den negotiorum gestor und ignoranti non adquiretur possessio.[1])

Anderer Meinung ist Schloßmann.[2]) „Der Besitz, welchen jemand für einen anderen, und zwar nicht suo nomine ergreift, fällt diesem andern ipso jure ohne vorgängiges Spezial- oder Generalmandat und ohne nachfolgende Ratihabition zu. Die Erteilung oder Verweigerung der Ratihabition ist nur dafür bestimmend, ob er das Erworbene behalten darf und ihn die mit dem Erwerbe verbundenen Lasten und Verpflichtungen treffen oder nicht, ist also nur in obligationenrechtlicher Beziehung von Bedeutung."

Den Beweis für seine alleinstehende Ansicht hat Schloßmann aus den Quellen herzuleiten versucht. Daß er aber „mit seiner Hypothese in den eklatantesten Widerspruch der Quellen hinein geraten ist, der vor ihm nicht dagewesen war, und der Rechtszustand, den er mit seiner Lehre heraufbeschwört, ein geradezu abenteuerlicher sei, nämlich: Besitz ohne Willen und Bewußtsein," hat Mitteis[3]) treffend nachgewiesen.

Wir bleiben also dabei, daß der negotiorum gestor durch die Besitzergreifung keinen Besitz für den Geschäftsherrn erwirbt; erst die Ratihabition erzeugt Besitz für ihn.

Einige Schriftsteller[4]) legen dieser Ratihabition rückwirkende Kraft bei. „Daß dieselbe aber keine rückwirkende Kraft haben

---

[1]) Dieser Satz ist übrigens bestritten, vgl. Windscheid-Kipp a. a. O. § 155 S. 686 Anm. 9.

[2]) Schloßmann, Der Besitzerwerb durch Dritte S. 174.

[3]) Mitteis, Die Lehre von der Stellvertretung S. 66 u. 67.

[4]) z. B. Zimmermann, Die Lehre von der stellvertretenden negotiorum gestio; Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts Bd. 1, 2. Abt. § 66, S. 613; Windscheid-Kipp a. a. O. § 155 S. 668 Anm. 10 a.

kann, ist eine notwendige Konsequenz des Satzes, daß der Besitz corpore et animo erworben wird.“ [1])

Ebensowenig wie der negotiorum gestor, ebensowenig erwirbt der Finder, der ja, wie wir oben sahen, negotiorum gestor ist, dem Verlierer den Besitz an der gefundenen Sache.

Die Besitzverhältnisse bei einer gefundenen Sache gestalten sich nach römischem und gemeinem Recht auf Grund unserer Ausführungen in der Weise, daß der Finder detentor der gefundenen Sache wird, der Verlierer aber in kein tatsächliches Verhältnis zu derselben durch den Fund allein tritt.

B. Deutsches Recht.

§ 11.

Der Begriff der Gewere.

Im deutschen Rechte entspricht der römischen possessio die Gewere. Wie schon die Ableitung des Wortes von investitura d. h. die Einweisung in den Besitz eines Grundstückes ergibt, wurde der Ausdruck anfangs nur auf Immobilien angewandt. Erst später dehnte man ihn auch auf die Fahrnis aus. Es scheint der Begriff der Gewere für Fahrhabe aus der Gewere an Immobilien abgeleitet worden zu sein, indem „die Gewere am Gut die an der darauf befindlichen Habe in sich schloß“. [2])

Ähnlich wie die possessio bedeutet auch die Gewere das tatsächliche Verhältnis einer Person zur Sache. Aber während das römische Recht erst mit dem Hinzutreten des animus domini zum räumlichen Machtverhältnis, dem corpus, ein rechtlich bedeutsames Verhältnis entstehen ließ, ist dem deutschen Rechte diese strenge Scheidung nicht eigentümlich. Hatte jemand die Gewere an einer Sache, so wurde vermutet, daß ihm auch ein Recht an derselben zustand.

---

[1]) Chambon, Die negotiorum gestio S. 171.

[2]) Heusler, Die Gewere S. 66. Dagegen ist Stobbe a. a. O. Bd. 2 § 85 S. 199 Anm. 22.

Es herrscht nun darüber Streit, ob die Gewere nicht nur „das faktische Gewaltverhältnis“ [1]) einer Person zur Sache bedeute, sondern auch „das Verhältnis desjenigen zu einer Sache, der nicht besitzt, aber eine dingliche Klage hat“.[2])

Gegen die erste Ansicht spricht der Umstand, daß der Gewere teilhaftig waren, ohne die tatsächliche Gewalt zu haben: der Erbe, der Dejizierte und der symbolisch oder durch Urteil in den Besitz eines Grundstücks Eingewiesene; diese haben die sogen. „juristische oder ideelle“ Gewere. Diese Fälle sind mit einbegriffen, wenn man die Gewere definiert als „jedes von der Rechtsordnung als formale Sachherrschaft anerkannte Verhältnis der Person zur Sache“.[3])

Die richtigste Ansicht dürfte wohl die sein, daß die Gewere nicht das bloß tatsächliche Haben bezeichnet, auch nicht das dingliche Recht selbst, sondern „als Form der dinglichen Rechte zu betrachten ist, so daß sie in jedem Falle aus der Vereinigung zweier Elemente besteht: der tatsächlichen Herrschaft über eine Sache und der Behauptung einer dieser Herrschaft entsprechenden, nach objektivem Recht gegebenen dinglichen Berechtigung an der Sache“.[4])

Der von Savigny für das römische Recht entwickelte Begriff des „abgeleiteten Besitzes“ ist dem deutschen Rechte fremd. Dieses legte das Hauptgewicht darauf, daß derjenige, der die Sache innehatte, sie auch nutzte; dann hatte er die Gewere. Wer für einen anderen die Nutzungen zog, hatte keine Gewere, er „darbte“ der Gewere.

Da man in mehrfacher Beziehung eine Sache nutzen konnte, so konnte das deutsche Recht eine mehrfache Gewere an Grundstücken, indem z. B. der Pächter die Früchte zog, der Verpächter aber den Pachtzins bekam. Der Pächter hatte die

---

[1]) Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts Bd. 2 § 81 S. 20. Diese Ansicht vertreten außer Heusler a. a. O. S. 50ff. auch Laband, Die vermögensrechtlichen Klagen nach den sächsischen Rechtsquellen S. 50 ff. u. Stobbe a. a. O. S. 193 ff.

[2]) Albrecht, Die Gewere S. 3.

[3]) Gierke, Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes S. 2.

[4]) Huber, Die Bedeutung der Gewere S. 48 und 22.

„ledigliche“, der Verpächter die „habende“ oder „genießliche“ Gewere[1]: „dem formellen Recht aus der Detention steht ein materielles gegenüber.“[2][3])

Je nach dem Titel, auf Grund dessen man die Gewere hatte, unterschied man die manigfaltigsten Arten derselben, z. B. egenlike Gewere, Lehns-, Satzungs-, Zinsgewere, Gewere zur Vormundschaft usw.

§ 12.

Das Gewereverhältnis des Finders und Verlierers an der gefundenen Sache.

Immobilien, für die die oben entwickelten Grundsätze über Gewere nur gelten, können, wie wir oben sahen, nicht gefunden werden. Die Gewere an Mobilien aber hatte nur der, der sie in seiner tatsächlichen Gewalt hat, „der faktisch die Herrschaft über sie besitzt, sie detiniert“.[4])

Diese tatsächliche Gewalt hat der Verlierer nicht mehr; mit der Sache hat er auch die Gewere an ihr verloren. Diese erlangt vielmehr der Finder mit der Ansichnahme der gefundenen Sache, und daß er dadurch dem Verlierer keine neue Gewere verschafft, gehe ohne weiteres schon aus dem Wesen der Gewere hervor.

Die oben erwähnten verschiedenen Arten der Gewere gab es an Fahrhaben nicht, an ihnen kannte man nur eine Gewere, nämlich die „ledigliche“ Gewere, die jedoch nur dann entstand, „wenn der tatsächliche Besitz mindestens 3 Tage ausgeübt wurde (sessio triduana)“.[5])

---

[1]) Heusler a. a. O. S. 144 und 146. Letztere Gewere wird im Sprachgebrauch des „Richtsteig Lehnrechts“ „hebbende were“ genannt. Kap. 29 § 7 (Homeyer, Des Sachsenspiegels zweiter Teil nebst den verwandten Rechtsbüchern S. 530).

[2]) Beseler, System des gemeinen deutschen Privatrechts § 79 S. 283.

[3]) Schröder, Deutsche Rechtsgeschichte S. 686: „Die Gewere hatte, wer die Sache in Nut und Gelde hatte.

[4]) Stobbe a. a. O. Bd. 2 S. 197.

[5]) Lehmann, Deutsche Rechtsgeschichte, in Birkmeyers Enzyklopädie § 26 S. 309.

Da dieser Umstand wohl in der Regel in der Person des Finders eingetreten sein mag, zumal ihm das deutsche Recht die Pflicht der Verwahrung auferlegte, so gelangen wir zu dem Ergebnis, daß im deutschen Recht der Finder an der gefundenen Sache die „ledigliche“ Gewere erlangte.[1])

C. Die neueren Kodifikationen.

a) Das österreichische und das sächsische Gesetzbuch und der Code civile.

§ 13.

Der Besitzbegriff dieser Kodifikationen und die Gestaltung der Besitzverhältnisse bei einer gefundenen Sache nach ihnen.

Der deutsch-rechtliche Begriff der Gewere ging mit der Rezeption des römischen Rechts unter. Die neueren Kodifikationen nehmen sämtlich den römisch-rechtlichen Besitzbegriff auf.

So definiert das österreichische Gesetzbuch im § 309: „Wer eine Sache in seiner Macht oder Gewahrsam hat, heißt ihr Inhaber. Hat der Inhaber einer Sache den Willen, sie als die seinige zu behalten, so ist er Besitzer.“

Ganz ähnlich sagt das sächsische Gesetzbuch im § 186: „Wer eine Sache tatsächlich in seiner Macht hat, ist Inhaber, und wenn er den Willen hat, an der Sache für sich Eigentum auszuüben, Besitzer derselben.“

---

[1]) Über die Pflichten des Finders enthalten die deutschen Rechtsquellen ausführliche Bestimmungen. Nach ihnen hatte er seinen Fund öffentlich bekannt zu machen und erhielt, falls der Eigentümer sich binnen einer bestimmten Frist nicht meldete, einen Teil der Fundsache, später sogar das ganze Fundobjekt, vgl. Sachsenspiegel II Art. 37 § 3: „En kümt aber nieman binnen sechs Wochen, der sich dâ zû zîhe, sô nimet der richter zwei teil und jene behelt daz drite teil.“ Auch das Görlitzer Landrecht Kap. 47 § 10a und b (Homeyer a. a. O. S. 221) enthält ähnliche Bestimmungen.

Beide Gesetze haben also, wie wir sehen, vollkommen das römisch-rechtliche Prinzip angenommen, indem sie streng zwischen Innehabung ohne animus domini und Besitz mit animus domini unterscheiden.

Das französische Recht macht diese Unterscheidung nicht, indem es im Code civil Art. 2228 Besitz definiert als „détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit, que nous tenons ou que nous exerçous par nous-mêmes ou par un autre qui la tient ou qui l'exerce en notre nom". Daß diese Unterscheidung jedoch besteht, beweist die in Art. 2230 getroffene Gegenüberstellung „posséder pour un autrui" und „posséder au même titre".[1])

Darüber, wie sich die Besitzverhältnisse bei einer gefundenen Sache gestalten, geben uns diese Kodifikationen keine Auskunft. Der Code civil enthält überhaupt keine näheren Bestimmungen über den Fund.[2])

Da alle diese Kodifikationen den römisch-rechtlichen Besitzbegriff angenommen haben, so gestalten sich die Besitzverhältnisse bei einer gefundenen Sache genau so wie nach römischem Rechte, was wir oben näher erläutert haben.

b) Das preußische Landrecht.

§ 14.

Besitzlehre desselben und die Gestaltung der Besitzverhältnisse bei einer gefundenen Sache nach ihm.

Auch das preußische Landrecht behielt die römisch-rechtliche strenge Scheidung zwischen Innehabung mit und solche ohne

---

[1]) Näheres enthält Bruns a. a. O. S. 445 ff.

[2]) Er bestimmt nur in Art. 2279, daß der Verlierer die verlorene Sache von jedem vindizieren könne, bei dem er sie anträfe, jedoch nur innerhalb des Zeitraums von 3 Jahren vom Tage des Verlustes an gerechnet. Näheres s. Lingenthal, Handbuch des französischen Zivilrechts Bd. 1 § 185 S. 561 Anm. 4.

animus domini bei, indem es Gewahrsam und Besitz unterscheidet (preuß. Landrecht Teil 1 Titel 7 §§ 1—250). Ersteren hatte derjenige, der „das physische Vermögen hat, über eine Sache mit Ausschließung anderer zu verfügen (preuß. Landrecht Teil 1 Titel 7 § 1). Ein solcher Inhaber ist auch der, „der eine Sache in seinem Gewahrsam hat, in der Absicht, darüber für einen anderen oder in dessen Namen zu verfügen (preuß. Landrecht Teil 1 Titel 7 § 2).

Besitzer ist nur derjenige, „der eine Sache in seinen Gewahrsam nimmt, in der Absicht, darüber für sich selbst zu verfügen“ (preuß. Landrecht Teil 1 Titel 7 § 3). Der Inhaber, der die Sache in seinem Gewahrsam hat, wird, wenn er an einer Sache zwar das Eigentum eines anderen anerkennt, aber doch über die Sache für sich selbst verfügen will, „unvollständiger Besitzer“ genannt (preuß. Landrecht Teil 1 Titel 7 § 6). „Vollständiger Besitzer“ ist derjenige Besitzer, der eine ihm gehörende Sache besitzt (preuß. Landrecht Teil 1 Titel 7 § 7). Durch die Einführung des „vollständigen“ und „unvollständigen“ Besitzes schuf das preußische Landrecht einen mehrfachen Besitz, während das römische Recht eine compossessio plurium in solidum nicht kannte.

Was die Gestaltung der Besitzverhältnisse bei einer gefundenen Sache betrifft, so müßte der Finder gemäß Teil 1 Titel 7 § 2 eigentlich Inhaber sein, da er ja die verlorene Sache in seinen Gewahrsam nimmt und über dieselbe nur für einen andern, nämlich den Verlierer verfügt.[1]) Das preußische Landrecht subsumiert ihn aber nicht dem Begriffe des § 2 I, 7, sondern bezeichnet ihn ausdrücklich im § 26 I, 9 als „unvollständigen“ Besitzer, wohl deshalb, weil er zwar für einen anderen über die Sache verfügt, aber doch eine weit selbständigere Stellung als der im § 2 I, 7 erwähnte Inhaber hat.

Die Frage, ob der Verlierer durch den Fund Besitz erwirbt, beantwortet das preußische Landrecht nicht. Jedoch liegt es nahe, ein dem „vollständigen“ und „unvollständigen“ Besitze entsprechendes Besitzverhältnis zu konstruieren. Ob dies jedoch

[1]) So auch Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht Bd. 3 S. 209 und 210.

zulässig ist, werden wir unten mit der Frage zusammen beantworten, ob der Verlierer nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche durch den Finder mittelbaren Besitz erwirbt, da der „vollständige“ und „unvollständige“ Besitz des preußischen Landrechts und der „mittelbare“ und „unmittelbare“ Besitz des Bürgerlichen Gesetzbuches sich decken, wenn sie auch nicht miteinander identifiziert werden dürfen.[1])

D. Bürgerliches Gesetzbuch.

§ 15.

Der Besitzbegriff desselben.

Der erste Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs folgte vollkommen der römisch-rechtlichen Besitzlehre, indem es im 2. Abschnitte des 3. Buches Besitz und Innehabung unterschied. Damit aber beging er einen schweren Fehler, da die Begriffe sich überlebt hatten und nicht der modernen Verkehrsanschauung entsprachen.

Der Entwurf erregte daher heftigen Widerspruch in der Juristenwelt. Besonders kämpfte Jhering[2]) gegen die in demselben aufgestellte Besitztheorie an, deren völlige Unbrauchbarkeit er durch Anwendung der Theorie auf Beispiele aus dem praktischen Leben nachwies.

Ihm ist es auch vor allem zu danken, daß der erste Entwurf nicht Gesetz wurde und im Entwurfe zweiter Lesung der unpraktische, unserem modernen Rechte fremde Besitzbegriff des römischen Rechts fallen gelassen wurde.

Besonders eingehend regelt das Bürgerliche Gesetzbuch den Besitzschutz, der „dazu bestimmt sein soll, den Rechtsfrieden durch Aufrechterhaltung des äußeren Herrschaftsverhältnisses der Person zur Sache zu bewahren“.[3])

---

[1]) vgl. Dernburg a. a. O. Bd. 3 § 13 S. 49.
[2]) Jhering a. a. O. S. 470 ff.
[3]) Denkschrift zum Entwurf eines BGB. S. 109.

Eine Definition des Besitzes wie die übrigen neueren Kodifikationen gibt das Bürgerliche Gesetzbuch wohlweislich nicht. Es regelt nur die Voraussetzungen, unter denen ein Besitzerwerb und -verlust stattfindet, indem es im § 854 bestimmt: „Der Besitz wird durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache erworben“ und im § 856: „Der Besitz wird dadurch beendigt, daß der Besitzer die tatsächliche Gewalt über die Sache aufgibt oder in anderer Weise verliert.“

In beiden Paragraphen ist das springende Moment die „tatsächliche Gewalt“, deren Erlangung bezw. Verlust den Besitz entstehen bezw. schwinden läßt. Sie entspricht dem corpus des römischen Rechts, das Savigny,[1]) wie wir oben sahen, definiert als „die physische Möglichkeit, auf die Sache unmittelbar einzuwirken und jede fremde Wirkung auf sie auszuschließen.“

Eine ähnliche Erklärung geben die Protokolle,[2]) die tatsächliche Gewalt dann vorhanden sein lassen, „wenn der Besitzer im stande sei, Dritte von seinem Machtbereich auszuschließen“.

Man wird aber den Begriff der tatsächlichen Gewalt nicht zu eng fassen dürfen. Daher erscheinen die Erläuterungen als „tatsächliche Herrschaft“ [3]) oder als „körperliches Verhältnis, so daß eine Sache besitzen auf ihr sitzen bedeute“,[4]) nicht annehmbar. Denn wie Staudinger[5]) richtig bemerkt, wird „je weiter unsere Kultur und insbesondere unsere Verkehrsmittel fortschreiten, um so mehr das früher engere Band zwischen dem Besitzer und der Sache gelockert und gewissermaßen vergeistigt“.

Treffend bezeichnet man daher den Besitz als „sozialen Gewaltbegriff,“ [6]) und man wird die tatsächliche Gewalt, deren Erlangung den Besitz zur Entstehung bringt, nicht unter ein festes Schema pressen dürfen, sondern ihr Vorhandensein bezw Fehlen nach der Verkehrsanschauung im Einzelfalle konstatieren müssen.

---

[1]) Savigny a. a. O. S. 210.
[2]) Protokolle Bd. 3 S. 29.
[3]) Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerl. Rechts Bd. 2 Abt. 1 S. 61.
[4]) Kniep, Der Besitz des BGB. S. 3.
[5]) Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch S. 7.
[6]) Goldschmidt in der Berliner Festgabe für Gneist, Berlin 1888, S. 64.

a) Besitzverhältnis des Finders:

Er ist Besitzer im Sinne des § 854, denn:

§ 16.

Er ist nicht Eigenbesitzer.

Zweifellos erlangt der Finder die tatsächliche Gewalt an der gefundenen Sache; denn, wie wir oben sahen, liegt Finden im juristischen Sinne erst dann vor, wenn der Finder die verlorene Sache an sich genommen, d. h. die tatsächliche Gewalt über dieselbe erlangt hat.

Der Finder ist also Besitzer der gefundenen Sache. Welche Art des Besitzes hat er aber erlangt?

Obwohl das Bürgerliche Gesetzbuch den Begriff Besitz schlechthin auf jede Innehabung anwendet und somit streng genommen rechtliche Unterschiede desselben nicht kennt, nennt es doch im § 872 eine besondere Art des Besitzes den Eigenbesitz und im § 855 eine besondere Art der Innehabung, die es trotz Vorhandenseins der tatsächlichen Gewalt nicht als Besitz anerkennt.

Nach § 872 ist Eigenbesitzer „derjenige, der eine Sache als ihm gehörend besitzt", d. h. es muß zu der Innehabung der tatsächlichen Gewalt noch der Wille hinzutreten, die Sache wie ein Eigentümer zu beherrschen. Der Begriff des Eigenbesitzes ähnelt dem des „vollständigen" Besitzes des preußischen Landrechts, unterscheidet sich jedoch von demselben dadurch, daß er nur Sachen, nicht wie dieser auch Rechte zum Gegenstande hat.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat somit den animus domini des römischen Rechts nicht vollständig aus der Besitzlehre verbannt, jedoch gehört der Eigenbesitz nicht eigentlich in den Besitzrahmen, da er rechtliche Bedeutung fast nur für den Erwerb des Eigentums hat (vgl. BGB. §§ 900, 955, 958, s. auch § 826 Abs. 3).

Wird nun der gutgläubige Finder Eigenbesitzer? Offenbar nicht, denn er besitzt die Sache nicht als „ihm gehörend", sondern nimmt sie nur an sich, um sie dem Verlierer zuzustellen, es fehlt ihm also der animus domini, dessen Hinzutreten zum

schlichten Besitz des § 854 das BGB. im § 872 zur Entstehung von Eigenbesitz erlangt. Solchen Besitz würde der Finder erst dann verlangen, wenn die Voraussetzungen des § 973 des BGB. eingetreten sind.

§ 17.

Er ist nicht Besitzdiener.

Die tatsächliche Gewalt hat der Finder. Ist er darum aber auch ohne weiteres Besitzer im Sinne des § 854?

Zwar sagt das Bürgerliche Gesetzbuch in diesem Paragraphen, daß der Besitz mit der Erlangung der tatsächlichen Gewalt erworben würde, statuiert aber im § 855 sofort eine Ausnahme von der Regel, in welchem es bestimmt: „Übt jemand die tatsächliche Gewalt über eine Sache für einen anderen in dessen Haushalt oder Erwerbsgeschäft oder in einem ähnlichen Verhältnis aus, vermöge dessen er den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des anderen Folge zu leisten hat, so ist nur der andere Besitzer."

Es kann also jemand recht wohl die tatsächliche Gewalt über eine Sache erlangt haben, und trotzdem ist nicht er, sondern ein anderer Besitzer, weil er zu diesem anderen in einem „Verhältnis steht, vermöge dessen er den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des anderen Folge zu leisten hat".

Die Bezeichnung desjenigen, der die tatsächliche Gewalt hat, als „Besitzgehilfe, der bloß Gewahrsam hat" [1]) mag ja ihre Berechtigung haben, jedoch wird man sie besser nicht anwenden, weil das Gesetz an anderen Stellen, z. B. ZPO. § 808 mit Gewahrsam auch den Besitz bezeichnet. Besser ist die Bezeichnung „Besitzdiener" [2]) noch zutreffender, weil für alle Fälle anwendbar, als „unselbständiger Inhaber". [3])

---

[1]) Dernburg a. a. O. Bd. 3 § 14 S. 51.

[2]) Bekker, Der Besitz beweglicher Sachen, in Jherings Jahrbüchern Bd. 34 S. 42.

[3]) Strohal, Der Sachbesitz nach BGB. in Jherings Jahrbüchern Bd. 38 S. 5.

Eine solche unselbständige Innehabung hat z. B. die Köchin an dem von ihr benutzten Küchengerät, der Knecht an den Pferden des Bauers, mit denen er das Feld pflügt, der Kommis an den Waren, die er zu verkaufen hat, usw.

Durch die Worte „in einem ähnlichen Verhältnis“ erweitert das Bürgerliche Gesetzbuch die Zahl der im § 855 gegebenen Beispiele. In einem solchen „ähnlichen Verhältnisse“ steht z. B. der Soldat, der keinen Besitz an Waffen und Uniform hat, der Gefangene, der die Sträflingstracht nicht besitzt, der Gast im Wirtshaus, dem Teller, Messer und Gabel nur zur Benutzung überlassen worden sind, usw.

Bei diesem Verhältnis der unselbständigen Innehabung kann man wie beim Eigenbesitze einen Willen konstatieren. Denn während der Eigenbesitzer den animus domini hat, hat der unselbständige Inhaber gerade den konträren Willen, nämlich nicht die Sache „als ihm gehörend“ zu besitzen, sondern für einen anderen, den Besitzherrn die Gewalt über dieselbe auszuüben. Nur solange dieser „Unterordnungswille“ [1]) besteht, ist unselbständige Innehabung vorhanden. Jedoch wäre es verkehrt, wenn man glaubte, daß der unselbständige Inhaber des § 855 dieselbe Stellung einnehme, wie der dedentor des römischen Rechts; denn ersterer hat eine weit untergeordnetere Stellung als der detentor. [2])

Der Umstand, daß diese unselbständigen Inhaber trotz Ausübung der tatsächlichen Gewalt keinen Besitz haben, liegt darin begründet, daß sie in ihrer Verfügung über die Sachen wesentlich beschränkt sind und der Wille des anderen Art und Umfang der Verwendung und Benutzung bestimmt. Sie sind nur „Werkzeuge“ [3]) in der Hand dieses anderen und besitzen nicht, sondern effektuieren durch ihre Handlungen nur den Willen des Besitzers.

Von einem solchen Verhältnisse kann man aber beim Finder nicht sprechen. Seine Stellung ist eine sehr selbständige, den Weisungen des Verlierers braucht er nicht Folge zu leisten;

---

[1]) Landsberg, BGB. 2. Hälfte S. 624.

[2]) so auch Bartels, Ausführungen zur Besitzlehre des BGB. in Gruchots Beiträgen 6. Folge 2. Jahrg. S. 654.

[3]) Prot. Bd. 3 S. 32.

denn er kennt ja denselben in der Regel nicht, und selbst wenn er ihn kennt, steht er nicht zu ihm in einem Verhältnis der im § 855 bezeichneten Art.[1]) Allerdings kann ein solches vorliegen. Wenn z. B. der Herr seinen Diener ausschickt, damit dieser eine vom Herrn verlorene Sache suche, so ist der Diener, wenn er die Sache entdeckt und an sich nimmt, nicht Besitzer, sondern nur unselbständiger Inhaber. Ein Fund im juristischen Sinne liegt aber in einem solchen und ähnlichen Falle gar nicht vor. Denn wenn der Finder nur unselbständiger Inhaber ist, so ist es genau so, als wenn man seine eigene Sache findet.[2])

Ein Umstand jedoch, aus dem klar hervorgeht, daß der Finder im juristischen Sinne nie unselbständiger Inhaber sein kann, ist der, daß ihm im § 972 in Verbindung mit § 1000 ein Zurückbehaltungsrecht wegen seiner Ansprüche gegen den Verlierer zugebilligt ist. Ein solches Zurückbehaltungsrecht hat aber gemäß § 1000 nur der Besitzer, zu denen, wie wir oben sahen, der unselbständige Inhaber nicht gehört.

Man darf daher die Tätigkeit des Finders nicht zu der eines unselbständigen Inhabers herabdrücken.

Mithin ist der Finder weder Eigenbesitzer noch unselbständiger Inhaber. Er ist schlechthin Besitzer im Sinne des § 854, da er die tatsächliche Gewalt über die Sache erlangt. Die Innehabung derselben verschafft ihm rechtlich geschützten Besitz, da es nach Bürgerlichem Gesetzbuch zur Erlangung desselben nicht des Hinzutretens eines zweiten Elements wie im römischen Rechte bedarf.

b) Das Besitzverhältnis des Verlierers zur gefundenen Sache.

§ 18.

Die rechtliche Stellung des Finders zum Verlierer.

Wie wir oben sahen, ist die Tätigkeit des Finders für den Verlierer als negotiorum gestio aufzufassen.

---

[1]) Ein interessantes Beispiel gibt B e k k e r , Aphorismen zur Besitzlehre.

[2]) vgl. Sächs. Gesetzbuch § 234.

Das Bürgerliche Gesetzbuch selbst trifft hierüber keine Bestimmungen, da es „davon ausgeht, daß das Finden den Vorschriften über Geschäftsführung durch eine positive Bestimmung weder zu unterstellen noch zu entrücken sei, daß es aber auch überflüssig und wenig angemessen erscheine, die Frage, ob das Finden in sich alle Voraussetzungen trage, welche die Anwendung der Vorschriften über die negotiorum gestio bedingen, durch eine Vorschrift lediglich erklärender Natur zu entscheiden". [1]) Es trifft daher selbständige Bestimmungen über den Fund, ohne auf die negotiorum gestio zurückzugreifen, was es jedoch in den Fällen in denen die gegebenen Vorschriften nicht ausreichen, nicht für unzulässig hält. [2])

Man wird also auch nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche die Tätigkeit des Finders als negotiorum gestio bezeichnen dürfen, und zwar könnte man sie in Anbetracht des Umstandes, daß der Finder gemäß § 968 nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit haftet, als eine Art privilegierter Geschäftsführung des § 680 auffassen, da ja auch der Finder durch die Besitzergreifung der Sache die dem Verlierer (dem Geschäftsherrn) drohende Gefahr des event. Verlustes, z. B. Zerstörung durch Naturgewalt oder Wegnahme durch einen unredlichen Finder, abwendet.

§ 19.

Die tatsächliche Stellung des Verlierers zur gefundenen Sache.

Wenn wir nur die §§ 854 und 855 in Betracht ziehen, so können wir die Frage, ob der Finder durch seine Tätigkeit Besitz für den Verlierer erwirbt, ohne weiteres verneinen. Denn da er die tatsächliche Gewalt über die Sache erlangt, so wird er nach § 854 allein Besitzer und die im § 855 gegebene Ausnahme trifft, wie wir oben sahen, für den Finder nicht zu.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat aber im § 868 einen mehr-

[1]) Prot. Bd. 3 S. 376.
[2]) Prot. Bd. 3 S. 380.

fachen Besitz konstruiert, und wir wollen sehen, ob derselbe an einer gefundenen Sache bestehen kann.

§ 868 lautet: „Besitzt jemand eine Sache als Nießbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter, Verwahrer oder in einem ähnlichen Verhältnisse, vermöge dessen er einem anderen gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist, so ist auch der andere Besitzer."

Der Besitz desjenigen, welcher einem anderen mittelbaren Besitz vermittelt, unterscheidet sich vom Eigenbesitze dadurch, daß der Besitzer die Sache nicht als eine ihm gehörende besitzt, sondern Eigentum eines anderen über sich anerkennt, von der unselbständigen Innehabung aber dadurch, daß der Inhaber, trotzdem er das Eigentum eines anderen über sich anerkennt, doch besitzt.

Als Gegenperson zu dem vom Gesetz gegebenen „mittelbaren" Besitzer bezeichnet man gewöhnlich denjenigen, der zum Besitze auf Zeit berechtigt oder verpflichtet ist, als unmittelbaren Besitzer. Sehr gebräuchlich sind auch die Bezeichnungen als „Besitzmittler" [1]) und als „Fremdbesitzer". [2]) Letztere Bezeichnung ist aber zu vermeiden, da der Fremdbesitzer auch den Gegensatz zum Eigenbesitzer bildet, nach § 871 zu schließen der mittelbare Besitzer aber nicht stets Eigenbesitzer zu sein braucht. Auch die Bezeichnung „Doppelbesitz" [3]) ist ungenau, da gemäß § 871 ein mehrfacherer als doppelter Besitz möglich ist; ganz passend ist für diesen Fall der Ausdruck „Staffelbesitz". [4])

Innerhalb des unmittelbaren Besitzes unterscheidet man wiederum den „Verwaltungs-" und den Nutzbesitz", [5]) je nachdem der unmittelbare Besitzer die Sache nur für den mittelbaren verwahrt (er ist „zum Besitze verpflichtet") oder Nutzen aus derselben zieht (er ist „zum Besitze berechtigt").

Können wir nun den Besitz des Finders diesen Begriffen subsumieren, indem wir ihn unmittelbaren Besitz erwerben lassen, und dadurch den Verlierer zum mittelbaren Besitzer machen?

[1]) Endemann a. a. O. Bd. 2 S. 125 § 32.
[2]) Dernburg a. a. O. Bd. 3 § 13 S. 48.
[3]) Strohal a. a. O. S. 17.
[4]) Weidemann, Der mittelbare Besitz des BGB. S. 5.
[5]) Dernburg a. a. O. Bd. 3 § 13 S. 49.

Nutzbesitzer ist der Finder jedenfalls nicht; denn, wenn er auch durch den Finderlohn Nutzen von der Sache hat, so ist er doch nicht berechtigt, wie z. B. der Nießbraucher oder Pächter. die Nutzungen zu ziehen oder wie der Mieter die Sache für sich zu gebrauchen.

Weit naheliegender ist es, ihm Verwaltungsbesitz zuzusprechen. Zweifellos ist er zur Verwahrung verpflichtet, sobald er die Sache an sich genommen hat.[1]) Allerdings erleichtert das Bürgerliche Gesetzbuch die dem Finder im § 966 auferlegte Verwahrungspflicht dadurch, daß es im § 967 es seinem Belieben überläßt, die Sache selbst zu verwahren oder an die Polizeibehörde abzuliefern, wozu er bei Verlangen derselben verpflichtet ist.

Kann man nun den § 868 dahin interpretieren, daß der Verlierer durch den Finder Besitzer (und zwar mittelbarer) wird?

Diese Frage bejaht Wendt,[2]) der aus dem Gesetze, das den Finder zur Verwahrung verpflichte, den Schluß zieht, daß neben dem Besitz des Finders der Besitz des Verlierers stehe.[3])

Wendt gelangt zu dieser Ansicht auf Grund der von ihm entwickelten Theorie über den mittelbaren Besitz. Er hält denselben nur für eine Fiktion[4]) und bezeichnet ihn als „etwas dem übrigen Besitzrechte Fremdes, eine Besonderheit, welche den übrigen Bestimmungen inkommensurabel sei und mehr unter dem Strich als über dem Strich stehe".[5]) Der mittelbare Besitz beruhe in Wirklichkeit nur „auf dem Restitutionsanspruche des mittelbaren Besitzers, der ihm zu den eigenen Besitzrechten verhelfe, kraft dessen er also die Sache wieder an sich zu ziehen imstande sei".[6]) Das römische Recht habe eine com-

---

[1]) Die Willkür der gegenteiligen Ansicht Jherings haben wir oben nachgewiesen.

[2]) Wendt, Der mittelbare Besitz des BGB., im Arch. ziv. Pr. Bd. 87 S. 62.

[3]) Derselben Ansicht sind Dernburg a. a. O. Bd. 3 § 21 S. 68; Bekker a. a. O. S. 21 und Müller und Meikel, Das bürgerl. Recht des Deutschen Reiches Bd. 1 § 206 S. 694.

[4]) Derselben Ansicht sind Bartels a. a. O. S. 652; Klein, Der mittelbare Besitz des BGB., Diss. Bonn 1899, S. 16 und Müller a. a. O. S. 29.

[5]) Wendt a. a. O. S. 48.

[6]) Wendt a. a. O. S. 45.

possessio plurium in solidum nicht anerkannt und „diese Verwerfung müsse auch für das System des Bürgerlichen Gesetzbuchs seine Wahrheit behalten“.[1])

Was die letzte Ansicht anbetrifft, so ist es gerade die Verbindung der römisch-rechtlichen mit den deutsch-rechtlichen Begriffen, die der Besitzlehre des Bürgerlichen Gesetzbuches ihre praktische Brauchbarkeit verlieh. Das deutsche Recht kannte aber recht wohl eine mehrfache Gewere,[2]) allerdings nur an Immobilien. Das preußische Landrecht aber kannte in dem „vollständigen“ Besitz einen mehrfachen Besitz auch an beweglichen Sachen an (preuß. Landr. I, 7 § 124), und ihm ist das Bürgerliche Gesetzbuch gefolgt.

Wenn es aber mit dem mittelbaren Besitz keinen wirklichen, sondern nur einen fingierten Besitz in die Besitzlehre hätte einführen wollen, „so hätte es bei seiner Vorliebe für Fiktionen diesen Gedanken nicht verschwiegen, sondern die stereotype Wendung gebraucht: so gilt auch der andere als Besitzer“.[3]) Es sagt aber: „dann ist auch der andere Besitzer“.

Der von Wendt an die Stelle des mittelbaren Besitzes gesetzte Herausgabeanspruch des mittelbaren Besitzers gegen den unmittelbaren genügt keineswegs. So müßte z. B. der Käufer vom Zeitpunkte des Kaufabschlusses als mittelbarer Besitzer gelten, wenn der Verkäufer ihm die Sache nicht beim Kaufabschluß übergeben hätte. Der bloße Herausgabeanspruch jedoch genügt keineswegs, es muß, wenn der Käufer mittelbaren Besitz erhalten soll, gemäß § 930 ein Rechtsverhältnis zwischen Verkäufer und Käufer vereinbart werden, vermöge dessen der Käufer den mittelbaren Besitz erlangt. Der Herausgabeanspruch ist überhaupt nicht unbedingt für den Begriff des mittelbaren Besitzes erforderlich. Wenn z. B. jemand ein Gut gepachtet hat und er den Erben des Verpächters, der in Wirklichkeit gar nicht Erbe ist, als solchen anerkennt, so liegt trotz Fehlens des Herausgabeanspruchs mittelbarer Besitz vor.[4])

---

[1]) Wendt a. a. O. S. 49.

[2]) vgl. Gierke a. a. O. S. 8 Anm. 17.

[3]) Gierke, Gutachten in den Verhandlungen des 24. Deutschen Juristentags S. 36.

[4]) vgl. Cosack a. a. O. S. 64.

Die Wendtsche Theorie erscheint uns aus allen diesen Gründen nicht überzeugend und stichhaltig, um sie der Beurteilung der Frage zugrunde zu legen, ob der Verlierer durch den Finder Besitz erwirbt. Denn „wie das alte deutsche Recht die habende Gewere als eigentlichen Besitz behandelte, so hat auch der mittelbare Besitz wahre Besitznatur, er beruht nicht auf einer bloßen Fiktion, sondern auf der tatsächlichen Gewalt, die auch dem mittelbaren Besitzer neben dem Mittler eigen ist".[1])

Wir folgen also der Ansicht, nach welcher der mittelbare Besitz wirklicher Besitz ist. Der Streit unter den Anhängern dieser Ansicht, ob der unmittelbare und mittelbare Besitzer gleichen Besitzschutz haben, hat für unsere Betrachtung keinerlei Bedeutung.

Wie wir oben gesehen haben, ist der Finder dem Verlierer gegenüber auf Zeit zum Besitze verpflichtet. Es läge daher nahe, den Verlierer durch den Finder mittelbaren Besitz erwerben zu lassen, wenn nicht jenes Verhältnis fehlte, das dem Finder die Verwahrung zur Pflicht machen würde. Ein solches Verhältnis soll den im § 868 aufgezählten ähnlich sein. Das Verhältnis aber, vermöge dessen der Finder dem Verlierer gegenüber zur Verwahrung verpflichtet ist, ist von den im § 868 aufgezählten grundverschieden. Denn während alle diese auf Rechtsgeschäften beruhen, besteht jenes kraft gesetzlicher Vorschrift. Zwar hat der Finder den Willen, die gefundene Sache dem Verlierer zuzustellen. Dieser Wille allein erzeugt aber keinen rechtlichen Kontakt, der den Verlierer zum mittelbaren Besitzer macht. Denn allen den im § 868 aufgezählten Personen ist die von ihnen besessene Sache zu diesem Behufe überlassen worden. Wer aber sollte dem Finder den Besitz an der gefundenen Sache überlassen haben? Der Verlierer, der dazu berechtigt wäre, hat ja, wie wir oben sehen, den Besitz verloren.[2])

Wenn also auch der Finder die Verwahrungspflicht hat, so können wir ihn deshalb doch noch nicht als unmittelbaren Be-

---

[1]) Leonhard, Die Vertretung beim Fahrniserwerb S. 70.

[2]) Wendt a. a. O. S. 62 vertritt übrigens die von uns oben verworfene Ansicht, daß der Besitz des Verlierers erst mit der Besitzergreifung durch den Finder untergeht.

sitzer auffassen. Zwar nähert sich seine Stellung sehr der des Verwaltungsbesitzers; aber es fehlt der mittelbare Besitz dessen, von dem er seine Verwahrungspflicht herleitet. Man kann also den Besitz des Finders als „Verwaltungsbesitz bezeichnen, ohne daß ein mittelbarer Besitzer vorhanden wäre".[1])

Die Besitzverhältnisse bei einer gefundenen Sache gestalten sich nach dem Bürgerlichem Gesetzbuche folgendermaßen:

Der Finder wird weder Eigenbesitzer noch unvollständiger Inhaber noch unmittelbarer Besitzer der gefundenen Sache: er erwirbt Besitz schlechthin im Sinne des § 854; der Verlierer erwirbt durch das Finden der Sache keinen Besitz an derselben.

[1]) Endemann a. a. O. Bd. 2 § 32 S. 124.

Dritter Abschnitt.

Die Gestaltung der Besitzverhältnisse bei einer gefundenen Sache in besonderen Fällen.

a) Besonderheiten in der Person des Finders.

§ 20.

Der unredliche Finder.

Im Vorstehenden haben wir die Gestaltung der Besitzverhältnisse bei einer gefundenen Sache dargestellt, wie sie sich unter gewöhnlichen Umständen zu bilden pflegen. Es können aber sowohl in der Person des Finders als auch wegen der Beschaffenheit der verlorenen Sache oder wegen des rechtlichen Verhältnisses des Finders zum Verlierer Besonderheiten eintreten, vermöge deren sich die Besitzverhältnisse eigenartig gestalten.

Die vorstehend aufgestellten Sätze gelten nur für den redlichen Finder, der den Verlierer als Verfügungsberechtigten anerkennt und die Sache nur an sich nimmt, um sie demselben zuzustellen.

Der unredliche Finder verfolgt mit der Ansichnahme nicht diesen uneigennützigen Zweck, sondern maßt sich selbst ein Verfügungsrecht an. Als unredlich ist auch derjenige Finder anzusehen, der die Sache an sich nimmt und sie dann, weil sie ihm vielleicht lästig wird, fortwirft. Ein solcher Finder maßt sich genau wie im ersten Falle Rechte an, die ihm durchaus nicht zustehen. Mit dem Wegwerfen der Sache verfügt er über dieselbe wie über eine eigene, während er doch durch das Ansichnehmen der verlorenen Sache ein solches Recht keinesfalls

erlangt, vielmehr gewisse Pflichten übernimmt, deren Erfüllung er sich durch das Wegwerfen entziehen will.

Für die Gestaltung der Besitzverhältnisse bei einer gefundenen Sache kommt für uns nur der erste Fall in Betracht.

Das römische Recht behandelte den unredlichen Finder, der die Sache lucri faciendi an sich nahm, gleichviel ob er die Person des Verlierers kannte oder nicht, als fur; l. 4, 3 § 4 D. 47, 2: qui alienum quid jacens lucri faciendi causa sustulit, furti obstringitur, sive scit, cuius sit sive ignoravit. Als solcher hat er den animus domini und legt sich Eigentümerrechte bei, ist also juristischer Besitzer.

Auch das deutsche Recht teilte diese Auffassung; der unredliche Finder galt als Dieb und hatte als solcher die Gewere, die man, da sie auf unrechtmäßige Weise erlangt war, „raubliche, unrechte" Gewere[1][2] nannte.

Nach dem preußischen Landrechte ist der unredliche Finder gemäß I, 7 §§ 3 und 7 „vollständiger" Besitzer. Denn er nimmt die Sache an sich, „in der Absicht, unmittelbar für sich selbst darüber zu verfügen" und wird dadurch Besitzer (I, 7 § 3); da er sie „als seine eigene besitzen will", ist er „vollständiger" Besitzer (I, 7 § 7).[3]

Nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche erlangt der unredliche Finder durch die Ergreifung der Sache in gleicher Weise den Besitz wie der redliche Finder. Da er aber die Sache „als ihm gehörend" besitzt, ist er Eigenbesitzer.

§ 21.

Der geschäftsunfähige Finder.

Nach römischem Rechte konnte ein geschäftsunfähiger Finder keinen Besitz erwerben, und zwar weder possessio noch detentio,

[1]) Heusler a. a. O. S. 146.

[2]) Sächs. Lehnrecht Art. 14 § 1 (Homeyer a. a. O. S. 169): doch ne hat dat nen recht gewere, dat die man mit gewalt besitt, of man die gewalt ivrolget mit rechter Klage unde dat getügen mach.

[3]) Haß a. a. O. S. 39 und Landsberg a. a. O. S. 82 vertreten die Ansicht, daß jeder Finder, selbst der redliche, stets malae fidei possessor sei, da er sich ja bewußt sei, eine ihm nicht gehörende Sache innezuhaben.

da zum Erwerbe derselben der animus possidenti erforderlich war, die Geschäftsunfähigen aber willensunfähig waren.[1])

Das Bürgerliche Gesetzbuch ließ das Erfordernis des Willensmomentes fallen. Der erste Entwurf hatte noch im § 800 Abs. 1 die Unmöglichkeit des Besitzerwerbes Geschäftsunfähiger ausgesprochen. Dieser Paragraph wurde aber bei der zweiten Lesung gestrichen, da „man beschlossen habe, den Besitzwillen überhaupt nicht zu erwähnen".[2])

Man darf jedoch nicht etwa einen Besitzwillen des Erwerbers für völlig bedeutungslos erklären, sonst würde z. B. der Besitzer eines Grundstücks Besitzer des in demselben vorhandenen Schatzes sein, von dessen Vorhandensein er nichts weiß. „Das Gesetz unterstellt vielmehr jedem schutzbedürftigen äußeren Machtverhältnisse über eine Sache einen dementsprechenden Besitzwillen als etwas Selbstverständliches."[3])

Ein solches schutzbedürftiges Machtverhältnis liegt nun beim geschäftsunfähigen Finder, der durch das Ansichnehmen der gefundenen Sache die Willensrichtung auf Erlangung der tatsächlichen Gewalt betätigt hat, sicherlich vor. Denn es müßte als im höchsten Grade unbillig erscheinen, wenn das Bürgerliche Gesetzbuch, das den Besitzschutz zur „Wahrung des Rechtsfriedens" bestimmt hat, einen geschäftsunfähigen Finder gegenüber demjenigen, der ihm die Sache entreißt, schutzlos lassen würde.

Die Sache ist nicht, wie Weiß[4]) annimmt, eine verlorene, also besitzlose geblieben, der Geschäftsunfähige hat sie vielmehr zu einer gefundenen umgewandelt, er hat den Besitz an ihr erlangt und genießt denselben Besitzschutz wie der geschäftsfähige Finder. In diesem Sinne sagen die Motive[5]): „Den rechtlich geschützten Zustand der Innehabung können Kinder und Wahn-

---

[1]) l. 1 § 3 D. 41, 2, l. 18 § 1 eod.; vgl. auch Savigny a. a. O. S. 247ff.; Meischeider, Besitz und Besitzschutz S. 201; Dunker, Die Besitzklage und der Besitz S. 221.

[2]) Protokolle Bd. 3 S. 32.

[3]) Staudinger a. a. O. S. 7.

[4]) Weiß a. a. O. S. 84.

[5]) Motive Bd. 3 § 800 S. 85.

sinnige durch eigene Handlungen herbeiführen, da zu der Herbeiführung desselben eine rechtlich bedeutsame Willenskundgebung nicht erforderlich ist."

Wir können sogar mit Dernburg[1]) so weit gehen, daß wir den geschäftsunfähigen Finder für fähig halten, Eigenbesitz zu erwerben, wenn seine Einsicht und sein natürlicher Wille es ermöglicht, daß er eine Sache als sich gehörend besitzt.[2])

§ 22.

Mehrere Finder.

Besonders gestalten sich auch die Besitzverhältnisse bei einer Sache, die von mehreren gefunden wird.[3])

Nicht in Betracht kommt hier der Fall, daß Finder und Entdecker verschiedene Personen sind, da die bloße Entdeckung an dem tatsächlichen Zustande der verlorenen Sache nichts ändert; erst das Finden im juristischen Sinne (Entdecken und an sich nehmen) macht die verlorene Sache zur gefundenen.[4])

Wenn nun aber mehrere Personen gleichzeitig auf eine verlorene Sache stoßen, ist dann nur derjenige Besitzer, der die Sache an sich nimmt?

---

[1]) Dernburg a. a. O. Bd. 3 § 17 S. 59.

[2]) Die Frage, welche rechtlichen Folgen das Finden durch einen Geschäftsunfähigen hat, kommt für die Gestaltung der Besitzverhältnisse natürlich nicht in Betracht; s. darüber Meisner, Komm. z. BGB. S. 123.

[3]) In recht origineller Weise regelt eine der jüngst aufgefundenen Handschriften des syrisch-römischen Rechtsbuchs den Fall, daß mehrere Finder eine Sache finden. § 58 der ersten Handschrift (Mitteis a. a. O. S. 41) lautet folgendermaßen: Wenn aber zwei Menschen oder viele auf der Straße gehen und der erste etwas findet, Gold, Silber, Erz, Gewand oder sonst etwas, so soll es allen, die bei ihm waren, gehören, und der Finder ist wie einer von ihnen. Wenn aber der mittlere es gefunden hat, soll es ihm gehören und dem letzten, während der erstere keinen Teil daran hat. Wenn aber der letzte was gefunden hat, gehört es ihm allein.

[4]) Wer von beiden allerdings die dem Finder zustehenden Rechte hat, ist verschieden, s. darüber Liebrecht a. a. O. S. 36; Chaffak a. a. O. S. 4; Blänkner a. a. O. S. 23; Weiß a. a. O. S. 5. Einen interessanten Fall gibt Jhering in seinen Zivilrechtsfällen Nr. 66 S. 144; vgl. auch preuß. Landrecht I, 9 §§ 67 ff. und sächs. Gesetzbuch § 241.

Nach römischem Rechte ist diese Frage jedenfalls zu bejahen, da der Finder nach römischer Auffassung detentor war und die Detention nie mehreren zustehen konnte.[1])

Nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche ist der Finder Besitzer der gefundenen Sache; ein mehrfacher Besitz ist aber nach ihm wohl möglich.

Entweder können die mehreren Finder vereinbaren, daß einer von ihnen die Sache in Verwahrung nehmen solle. Dann ist dieser eine unmittelbarer Besitzer, die anderen mittelbare Besitzer der gefundenen Sache; denn dieser eine besitzt als Verwahrer, so daß gemäß § 868 auch die übrigen Besitzer sind.

Wenn die mehreren Finder aber die gefundene Sache gemeinschaftlich in Verwahrung nehmen, dann sind sie Mitbesitzer im Sinne des § 866 des BGB.

b) Besondere Fundarten.

a) Nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche.

§ 23.

Der Schatzfund.

Über den Schatzfund enthielt das römische Recht genauere Vorschriften als über den Fund verlorener Sachen. So definiert Paulus in l. 31 § 1 D. 41, 1: Thesaurus est vetus quaedam depositio pecuniae, cuius non exstat memoria, ut jam dominum non habeat" und in l. 1 § 1 C 10, 15 wird der Schatz als „id est condita ab ignotis dominis tempore vetustiore mobilia" näher erläutert.

Unter Schatz verstanden die Römer also eine bewegliche Sache,[2]) die so lange verborgen war, daß der Eigentümer nicht

---

[1]) Über Mitbesitz s. Windscheid-Kipp a. a. O. § 152 S. 665.

[2]) Daß der Schatz nicht notwendigerweise Geld zu sein brauchte, beweist l. 178 pr. D. 50, 16: corpora quoque pecuniae appellatione contineri nemo est qui ambiget.

mehr zu ermitteln ist. Dieselbe Begriffsbestimmung findet sich auch im deutschen[1]) und gemeinen Recht.[2])

Ursprünglich fiel der Schatz an den Fiskus. Hadrian bestimmte, daß er zur Hälfte Eigentum des Entdeckers, zur Hälfte des Eigentümers des Grundstücks, in dem er gefunden wurde, werden sollte, falls der Schatz zufällig gefunden wurde. Hatte der Finder nach ihm auf dem Grundstücke gesucht, so sollte der Schatz in das Eigentum des Grundstückeigentümers allein fallen.[3])

Das Bürgerliche Gesetzbuch definiert den Schatz im § 984 als „eine Sache, die so lange verborgen gelegen hat, daß der Eigentümer nicht mehr zu ermittteln ist".

Ebenso wie die Fundsache muß der Schatz eine bewegliche Sache sein. Daß derselbe auch in einer beweglichen Sache gefunden werden kann, was nach gemeinem Recht bestritten war, ist nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche zweifellos möglich.

Ein weiterer Unterschied in der Behandlung des Schatzes durch das gemeine Recht und das Bürgerliche Gesetzbuch ist der, daß nach letzterem der Schatz nicht eine wertvolle Sache zu sein braucht.

Das Gesetz spricht beim Schatzerwerbe nicht, wie es dies im ersten Entwurfe tat, vom Finden, sondern vom Entdecken.

Dieses Entdecken deckt sich mit dem Finden des Sprachgebrauchs und bedeutet soviel wie sinnlich wahrnehmen. Beim Schatzfund ist somit das bloße Wahrnehmen rechtlich relevant. Eine Okkupation durch den Entdecker braucht nicht zu erfolgen, jedoch muß der Schatz infolge der Entdeckung in Besitz genommen worden sein. Entdecker ist der, „dessen Tätigkeit die unmittelbare Ursache ist, daß der Schatz der Verborgenheit

---

[1]) Die Definition des Sachsenspiegels in I, 35 § 1 ist allerdings undeutlich: Al schat under der erden begraven, deper den ein pluch ga, die hort to der koningliken gewalt.

[2]) Unbedeutende Abweichungen von der römischen Begriffsbestimmung enthalten die Partikularrechte, s. preuß. Landrecht I, 9 § 74, Code civile Art. 716 und sächs. Gesetzbuch § 233.

[3]) Windscheid-Kipp a. a. O. § 184 S. 838 Anm. 4.

entrückt wird und infolgedessen wieder in den menschlichen Verkehr gelangt".[1])

Die Besitzverhältnisse bei einem gefundenen Schatz gestalteten sich nach römischem Recht folgendermaßen:

Der Entdecker wurde betreffs der einen Hälfte juristischer Besitzer, da er ja das Eigentum an derselben erwarb. An der anderen Hälfte erkannte er als ehrlicher Finder das Eigentum des Grundstückeigentümers an, er hatte an ihr nur die Detention.

Darüber, ob das bloße manu injicere des Entdeckers genügte oder ein loco movere notwendig war, herrschte unter den römischen Juristen lebhafter Streit. Die Meinung der Sabinianer, die besonders von Paulus vertreten wurde, nach der zum Besitzerwerbe des Entdeckers loco movere erforderlich war, wurde später die herrschende.

Im deutschen Rechte erwarb auf Grund der Regalität der König das Eigentum am Schatz. Die neueren Kodifikationen[2]) kehrten jedoch zum römisch-rechtlichen Prinzip zurück.

Das Bürgerliche Gesetzbuch bestimmt im § 984: „Wird eine Sache, die so lange verborgen gelegen hat, daß der Eigentümer nicht mehr zu ermitteln ist (Schatz), entdeckt und infolge der Entdeckung in Besitz genommen, so wird das Eigentum zur Hälfte von dem Entdecker, zur Hälfte von dem Eigentümer der Sache erworben, in welcher der Schatz verborgen war."

Das Entdecken ist für sich allein für den Besitzerwerb natürlich irrelevant. Besitz wird erst durch Erlangung der tatsächlichen Gewalt erworben. Derjenige, der die tatsächliche Gewalt über den Schatz erlangt, erhält nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche den Besitz. Gewöhnlich wird der Entdecker den Besitz ergreifen, notwendig ist es jedoch nicht.[3])

Ob ein loco movere erforderlich ist oder manus injectio ausreicht, dürfte Tatfrage sein. In der Regel wird zur Erlangung

---

[1]) RG. in Seufferts Archiv 51 Nr. 9.

[2]) s. preuß. Landrecht I, 9 § 74; sächs. Gesetzbuch § 233; österr. Gesetzbuch § 399.

[3]) vgl. Planck a. a. O. Bd. 3 Anm. 2b zu § 984.

der tatsächlichen Gewalt die bloße manus injectio wohl kaum ausreichen.

Der Eigentümer der Sache, in der der Schatz verborgen liegt, hat nach römischem Recht vor der Entdeckung keinen Besitz; denn is qui nescit, non possidet thesaurum, quamvis fundum possidet (l. 3 § 3 D. 41, 2). Nach der Entdeckung erlangt nach Ansicht der Prokulejaner der Grundeigentümer den juristischen Besitz schon dann, wenn er den affectus possidendi faßt, quia quod desit naturali possessioni, id animus impect" (l. 3 § 3 D. 41, 2). Nach der Ansicht der Sabinianer erlangt der Grundeigentümer erst durch das loco movere den Besitz: „nec alias eum qui scit possidere, nisi si loco motus sit, quia non sit sub custodia nostra (l. 3 § 3 D. 41, 2), und diese Ansicht wurde im römischen und gemeinen Rechte die herrschende.[1])

Nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche erhält der Eigentümer der Sache, in der der Schatz verborgen lag, zwar Miteigentum am Schatze kraft Gesetzes, aber durch die Entdeckung allein keinen Besitz.

Wendt[2]) behauptet zwar, daß der Eigentümer der Sache auf Grund seines Herausgabeanspruchs mittelbaren Besitz erlange. Wie wir aber oben nachgewiesen haben, ist der bloße Herausgabeanspruch nicht geeignet, mittelbaren Besitz zu erzeugen. Erforderlich ist vielmehr, daß der unmittelbare Besitz vom mittelbaren abgeleitet ist, und das dürfte im vorliegenden Falle gewiß nicht zutreffen, da ja der Eigentümer der Sache, in der der Schatz entdeckt wurde, bis zur Entdeckung keinen Besitz an demselben gehabt hat.

§ 24.

Der Fund in öffentlichen Räumen.

Besonders regelt das Bürgerliche Gesetzbuch außer dem Schatzfunde noch den Fund in öffentlichen Räumen, indem es im § 978 bestimmt: „Wer eine Sache in den Geschäftsräumen oder den Beförderungsmitteln einer öffentlichen Behörde oder

[1]) Diese Ansicht vertritt auch Savigny a. a. O. S. 233.

[2]) Wendt a. a. O. S. 62.

einer dem öffentlichen Verkehr dienenden Verkehrsanstalt findet und an sich nimmt, hat die Sache unverzüglich an die Behörde oder die Verkehrsanstalt oder einen ihrer Angestellten abzuliefern."

Einen Finderlohn billigt das Gesetz in diesen Fällen dem Finder nicht zu und zwar mit Recht. Denn eine Sache, die in den vom Gesetz erwähnten Räumen verloren ist, ist im juristischen Sinne nicht verloren. Der Besitz des Verlierers ist zwar verloren gegangen, aber eine Besitzlosigkeit, wie sie von uns oben für den Begriff der verlorenen Sache als notwendig erachtet wurde, ist nicht vorhanden, die Sache ist vielmehr ohne weiteres in den Besitz der betreffenden Anstalt gelangt. Denn es ist durchaus nicht notwendig, daß „zu der tatsächlich vorliegenden Verfügungsmöglichkeit noch der Wille hinzukommen solle, von dieser Möglichkeit Gebrauch zu machen".[1])

Da somit die Voraussetzungen, unter welchen man allein von verlorenen Sachen reden kann, nicht gegeben sind, können auch die Bestimmungen über dieselben auf sie keine Anwendung finden; das Gesetz trifft hier besondere Vorschriften.

Praktisch bedeutsame Besitzverhältnisse hinsichtlich der in solchen Räumen gefundenen Sachen werden für den Finder hier kaum zur Entstehung gelangen. Gerade das in Verwahrungnehmen, das für den gewöhnlichen Fund die Gestaltung der Besitzverhältnisse bei einer gefundenen Sache eigenartig gestaltet, fehlt hier. Der Finder hat keine selbständige Stellung, mit der besondere Rechte und Pflichten verbunden sind, sondern lediglich die Pflicht, die Sache, wenn er sie einmal an sich genommen hat, an die betreffende Behörde oder Anstalt, in deren Räumen er sie findet, abzuliefern, ein Recht, insbesondere ein Anspruch auf Finderlohn steht ihm nicht zu.

Es liegt auf der Hand, daß hier der Finder in kein eigentliches Besitzverhältnis zu der gefundenen Sache tritt. Er hat die ergriffene Sache unverzüglich der betreffenden Anstalt abzuliefern, Besitz im Sinne des § 854 erwirbt er nicht, denn

---

[1]) Entscheidung des Obertribunals Stuttgart in Seufferts Archiv Bd. 33 Nr. 307.

wenn er auch mit dem Ergreifen der Sache die tatsächliche Gewalt über dieselbe erlangt, so übt er diese doch nicht selbständig aus, sondern hat den Weisungen eines anderen, nämlich der Verkehrsanstalt usw. Folge zu leisten.

Er wird also nicht Besitzer, sondern nur unselbständiger Inhaber der gefundenen Sache. Denn unter dem unselbständigen Inhaber ist nicht nur derjenige zu verstehen, der dauernd oder wenigstens auf längere Zeit zu einem anderen in einem Verhältnis steht, vermöge dessen er den Weisungen dieses anderen Folge zu leisten hat, sondern auch derjenige, der nur vorübergehend in ein solches Verhältnis zu einem anderen tritt. Denn „das Bestehen eines Rechtsverhältnisses ist für das Besitzdienerverhältnis nicht notwendig",[1]) es genügt ein tatsächliches Verhältnis, das seiner Natur nach vorübergehend sein und sich in einer einzigen Handlung erschöpfen kann.

§ 25.

β) Durch andere Reichsgesetze.

Besondere Vorschriften über verlorene Sachen geben außer dem Bürgerlichen Gesetzbuche noch einige andere Reichsgesetze.

So stellt die Eisenbahnverkehrsordnung vom 26. 10. 1899 im § 35 Abs. 1 die Präsumption auf, daß „fehlende Gepäckstücke nach Ablauf von 3 Tagen nach Ankunft des Zuges, zu welchem sie aufgegeben sind, als in Verlust geraten betrachtet werden". Bis zu diesem Zeitpunkte gelten die Sachen als verlegt.

Diese recht praktische Vermutung gilt nur für die im Betriebe der Eisenbahnen abhanden gekommenen Gegenstände. Das Reichspostgesetz v. 28. 10. 1871 hat sie nicht aufgenommen. Die Besitzverhältnisse an den im Betriebe dieser Verkehrsanstalten gefundenen Sachen regeln sich in der vorstehend erläuterten Weise.

Eine besondere Art verlorener Sachen sind die zu Errettung eines Schiffes aus Seenot über Bord geworfenen Gegenstände,

---

[1]) Planck a. a. O. Bd. 3 Anm. 1 zu § 855.

die beim Untergange versunkenen und die an den Strand geworfenen Sachen.

Im römischen Recht war es bestritten, ob die im Falle der Not über Bord geworfenen Sachen (iactus) zu den res derelictae zu rechnen seien; die herrschende Meinung sprach sich dagegen aus, und nach l. 48 J. VI, 1 und l. 9 § 8 D. 41, 1 erwirbt der solche Sachen Okkupierende das Eigentum nicht.[1])

Im älteren deutschen Rechte wurden gestrandete Güter als herrenlos betrachtet und von den Bewohnern der Küste okkupiert.[2])

Schon die peinliche Gerichtsordnung Karls V. verbot die Okkupation gestrandeter Güter, indem sie in Art. 218 unter der Überschrift „Von Mißbräuchen und bösen unvernünftigen Gewohnheiten so an etlichen orthen und enden gehalten werden" verordnet: „Den Mißbrauch so ein Schiffmann mit seinem Schiff verfehret Schiffbrüchig würde daß er alsdann der Oberkeit desselben Orts mit Leib und Gütern verfallen seyn soll. Und die und dergleichen Gewohnheiten wöllen wir, daß ein jede Oberkeit abgeschaffen und daran seyn sol, daß sie hinfürter nicht geübt, gebraucht oder gehalten werden, als wir denn auß Keyserlicher Macht dieselben hiemitt auffheben, vernichten und abthun und hinfürter nicht eingeführt werden sollen."

Die neueren Kodifikationen beanspruchten das Strandrecht für den Staat (s. preußisches Landrecht II, 15 §§ 80, 81).

Dasselbe wird für das Deutsche Reich geregelt durch die Reichsstrandungsordnung vom 17. 5. 1874.

Dieselbe unterscheidet: „in Seenot geborgene Gegenstände" (Reichsstrandungsordnung §§ 4—19), „Seeauswurf" (Reichsstrandungsordnung § 20), das sind von der See auf den Strand geworfene, „strandtriftige (Reichsstrandungsordnung § 20), das sind die vom Strande aus geborgenen Sachen, „versunkene und seetriftige" (Reichsstrandungsordnung § 21), das sind die auf offener See treibenden und von einem Fahrzeuge aus geborgenen Gegenstände.

---

[1]) vgl. Czyhlarz, Die Eigentumerwerbsarten des Pandektentitels de adqu. rer. dom. 41, 1 S. 104ff.

[2]) s. Brunner in Holtzendorffs Rechtslexikon Bd. 3 S. 814.

Alle diese Gegenstände sind verloren; denn ihr Eigentümer hat den Besitz an ihnen eingebüßt, der Zustand der Besitzlosigkeit, der für den Begriff der verlorenen Sache typisch ist, ist eingetreten.[1]) Das Eigentum an den Sachen ist nicht durch den Unfall untergegangen, sondern besteht selbst in den Falle weiter fort, in welchem zur Errettung aus Seegefahr Schiffsgüter von ihrem Eigentümer selbst über Bord geworfen sind.

Derjenige, der die Sachen wahrgenommen und ergriffen hat, heißt Berger, er ist der Finder des Bürgerlichen Gesetzbuchs und erwirbt wie dieser mit der Erlangung der tatsächlichen Gewalt den Besitz an der geborgenen Sache; auch im übrigen gestalten sich die Besitzverhältnisse bei denselben in derselben Weise wie bei den gefundenen Sachen des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Die Bergung auf Flüssen regeln das Gesetz „betreffend die privatrechtlichen Verhältnisse der Binnenschiffart“ vom 15. 6. 1895 (§ 93) und das Gesetz „betreffend die privatrechtlichen Verhältnisse der Flößerei“ vom 15. 6. 1895 (§§ 24 ff.). Diese Gesetze sind ebenso wie die Reichsstrandungsordnung gemäß Art. 32 EG. z. BGB. auch nach Einführung desselben in Kraft geblieben.

c.) Besonderheiten hinsichtlich des rechtlichen Verhältnisses zwischen Finder und Verlierer.

§ 26.

Die Auslobung.

Wie wir oben sahen, gestalteten sich die Besitzverhältnisse bei einer gefundenen Sache abweichend von der Regel, wenn ein besonderes Rechtsverhältnis zwischen Finder und Verlierer vorliegt.

Ein solches Verhältnis begründet auch die Auslobung. Sie ist das gebräuchlichste Mittel, durch das man sich die Hilfe seiner Mitmenschen zu verschaffen pflegt, und so wird besonders

[1]) Das Gesetz selbst bezeichnet diese Gegenstände als besitzlos. Reichsstrandungsordnung § 20.

für das Wiederbringen verlorener Sachen seitens des Verlierers eine mehr oder wenig angemessene Belohnung ausgesetzt.

Die römischen Quellen erwähnen die Auslobung nicht.

Im gemeinen Recht herrschte über ihr Wesen heftiger Streit. Zwei Theorien suchten es zu erklären: Die Vertragstheorie, die die Auslobung als eine Offerte an eine incerta persona auffaßte, und die Pollizitationstheorie, die das einseitige Versprechen des Auslobenden für bindend erachtete und den Auslobenden auch dann verpflichtete, wenn jemand die Leistung ohne Rücksicht auf die Auslobung erbrachte.[1])

Betrachten wir nun die Gestaltung der Besitzverhältnisse bei einer gefundenen Sache, für deren Wiederbringung der Verlierer durch Auslobung eine Belohnung ausgesetzt hat.

Der Finder kann mit und ohne Wissen die verlorene Sache in seinen Besitz nehmen.

Handelt er mit Wissen von der Auslobung, dann erwirbt er mit der Besitzergreifung Besitz für den Verlierer. Denn „mit der Ansichnahme der Fundsache knüpft sich zwischen ihm und dem Auslobenden ein vertragsähnliches Verhältnis auf der Grundlage der versprochenen Belohnung“.[2])

Auf Grund dieses Verhältnisses, das ein den im § 868 aufgezählten ähnliches ist, erlangt der Finder unmittelbaren, der Verlierer mittelbaren Besitz.

In diesem Falle ist der Finder nicht Besitzdiener, weil er eine weit selbständigere Stellung als derselbe hat. Denn er ist nicht Mittel oder Werkzeug, dessen sich der Auslobende bedient, das ist vielmehr die Auslobung selbst, sondern er steht dem Auslobenden als Vertragspartei ebenso selbständig gegenüber wie beim Werkvertrage der Unternehmer dem Besteller.

Handelt der Finder ohne Wissen von der Auslobung, dann bietet die Gestaltung der Besitzverhältnisse bei der gefundenen Sache keine Besonderheiten.

---

[1]) Näheres enthält Brummund, Die Auslobung, Diss. Greifswald 1898.

[2]) Sprinz, Die Gegenansprüche des Finders, Diss. Breslau 1904, S. 51.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.